



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

UNIVERSIDADE DE LISBOA

GABINETE DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Direitos Fundamentais

**A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVA AOS DIREITOS DE LIBERDADE**

RAINERI RAMOS RAMALHO DE CASTRO

Lisboa

2018

RAINERI RAMOS RAMALHO DE CASTRO

**A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVA AOS DIREITOS DE LIBERDADE**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídico-Políticas

Perfil: Direitos Fundamentais

ORIENTADOR: Professor Doutor José de Melo
Alexandrino

Lisboa

2018

RAINERI RAMOS RAMALHO DE CASTRO

**A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVA AOS DIREITOS DE LIBERDADE**

Esta dissertação foi julgada adequada para a
obtenção do título de Mestre em Direito e
aprovada em sua forma final pelo Orientador
e pela Banca Examinadora.

Orientador: _____

Professor Doutor José de Melo Alexandrino

Banca Examinadora:

Professor Doutor _____

Professor Doutor _____

Professor Doutor _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Prof. Dr. _____

Lisboa, _____.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho dessa natureza não se realiza sozinho.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio e sacrifícios realizados para que este sonho pudesse ser alcançado, e ao meu irmão, por compartilhar comigo as dificuldades da vida e por me ajudar na caminhada.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor José de Melo Alexandrino, que desde as aulas ministradas me motiva a ser maior. Sem a sua ajuda e dedicação, este trabalho não teria sido realizado. Obrigado, de verdade.

Agradeço também ao Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes, que me apresentou o objeto de estudo e me inspirou a ganhar uma nova visão do Direito, e à Professora Doutora Maria João Estorninho, que me fez perceber a enorme importância que este Mestrado e o estudo do Direito em geral possuem na minha vida.

Obrigado aos colegas de Mestrado Leonardo Quintiliano e Beatriz Mellagi, que se tornaram amigos de vida, pela ajuda essencial para a realização do trabalho e pelo companheirismo durante o período em que estivemos juntos.

Aos grandes amigos Andrezza, Bruno, Eddy, Neyara e Thaís, que a todo momento acreditaram em mim de uma forma que nem eu acreditava, minha eterna gratidão. A confiança de vocês foi fundamental para manter minhas forças. Anne, obrigado por me mostrar o caminho.

Agradeço aos colegas da 4ª Vara Federal do Amazonas por me escutarem e me motivarem nos momentos difíceis. A força que vocês me deram não será esquecida. Obrigado, igualmente, à Dra. Ana Paula Serizawa Silva Podedworny e a Cristiane Faria de Lima, que entenderam as demandas da empreitada e tornaram possível que eu a suportasse.

Meu amor a Vivi e Íris, por me acalmarem (em geral) e serem minhas constantes companheiras de estudo.

Por fim, muito obrigado à Universidade e à cidade de Lisboa, constantes inspirações nessa jornada. Sentia-me em casa quando lá estava.

NOTAS DE LEITURA

Na ausência de indicação diversa, a tradução dos textos em língua estrangeira é de minha responsabilidade.

Observam-se as regras contidas no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado em Lisboa, em 12 de outubro de 1990, pela Academia das Ciências de Lisboa, Academia Brasileira de Letras e delegações de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Os textos em Língua Portuguesa citados diretamente foram adaptados, quando necessário, para as novas regras gramaticais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. NEOCONSTITUCIONALISMO – fundamentos teóricos e análise crítica da corrente	17
I.1 As origens do fenômeno	23
I.2 A inexistência de uma teoria de Estado neoconstitucionalista	33
I.3 A constitucionalização do ordenamento jurídico: ausência de inovação	37
I.4 A destruição do equilíbrio entre os Poderes e o impulsionamento da juristocracia	42
I.5 A inexistência de influência do neoconstitucionalismo para a força normativa das normas constitucionais e para a proeminência dos direitos fundamentais.....	59
I.6 O frágil modelo de interpretação neoconstitucional	63
I.7 A tese da conexão entre Direito e Moral: contradições internas e fragilidades dogmáticas.....	73
I.8 Análise crítica: o que é o Neoconstitucionalismo?.....	91
II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERIOR.....	99
II.1 Papel ideal de uma corte constitucional no controle judicial da atuação dos demais Poderes e a democracia	100
II.2 Conceito e parâmetros para o controle judicial relativos aos direitos de liberdade.....	110
II.3 Desconformidade com a atuação esperada: ativismo e passivismo	117
II.4 Impacto democrático do mau exercício do controle judicial	129
III. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – competências, posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro e análise jurisprudencial	140
III.1 Atribuições legais no controle de atuação dos demais Poderes	140
III.2 Configuração normativa do Estado brasileiro e a separação de poderes	155
III.3 Análise dos precedentes do tribunal.....	157
III.4 Considerações finais acerca do perfil decisório e da influência do neoconstitucionalismo na atuação do STF	175
CONCLUSÃO	183
REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO

O Brasil se encontra em um período de amplo ativismo judicial, que já dura desde a década passada e parece apenas ficar mais intenso. Juízes de qualquer nível, inclusive os singulares de 1º Grau, possuem a habilidade de redirecionar o orçamento, alterar políticas públicas e até mesmo impedir a nomeação de ministros do Poder Executivo federal por meios processuais cuja constitucionalidade é questionável. Não há área da política e da vida social que pareça estar isenta dessa influência judicial.

No topo da pirâmide judiciária, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial que acumula funções de uma corte constitucional e de um tribunal superior de revisão. A cumulação de funções e os amplos poderes concedidos ao tribunal na Constituição e na legislação ordinária garantem uma influência da corte na vida nacional talvez não vista em outro tribunal pelo mundo. O STF pode, através de decisões colegiadas ou individuais, definir os rumos da nação, suspendendo políticas públicas, fixando índices econômicos, decidindo acerca da legalidade de procedimentos legislativos, revisando regulamentos administrativos, conferindo ou até mesmo criando direitos, etc. O tribunal parece ser o órgão máximo do Estado, sendo difícil imaginar algum tema que esteja escudado de decisão da corte.

Os ministros que integram o STF aceitam com tranquilidade os poderes amplos que possuem, não sendo notadamente tímidos ou autocontidos em sua atuação processual. Pouco deferentes às decisões legislativas, os membros da corte assumem o papel de líderes morais da nação, como se a guarda da Constituição que lhes cabe fosse um aval para se inserirem em qualquer área da vida pública, tomando decisões que estão de acordo com os seus valores pessoais ou com os valores que acreditam ser aqueles da população, mas que nem sempre estão de acordo com a lei superior. Em resumo, a corte é reconhecidamente ativista.

No entanto, ainda que esse não fosse o perfil dos ministros, as atribuições que foram conferidas ao tribunal, não apenas pelo constituinte originário, mas principalmente pelo de reforma e pelo legislador ordinário, foram verdadeiras autorizações legislativas para uma condução judicial alargada e pouco preocupada com os limites institucionais tidos como adequados pela doutrina constitucionalista. De fato, desde a promulgação da Constituição, é fácil notar uma grande transferência

de poder do Legislativo para o Judiciário, em especial para o STF, vez que o legislador concedeu ao julgador, por meio de emendas constitucionais e reformas legislativas, poderes que ele não possuía, ou que até mesmo se recusava a possuir. Unindo esses poderes inflados à atitude ativista dos membros da corte, a estrutura estava montada para a construção de um tribunal constitucional virtualmente sem barreiras.

A doutrina aponta que o responsável pela fomentação deste processo de ampliação dos poderes judiciais seria o neoconstitucionalismo. Identificado por doutrinadores europeus nos anos 90 como uma nova forma de ver a Constituição, o neoconstitucionalismo seria uma aparente superação do positivismo jurídico que até então vigoraria. Essa nova corrente buscaria dar maior concretude aos valores constitucionais através da satisfação dos direitos e garantias fundamentais prometidos pelas constituições nacionais a todos os cidadãos, em especial aos excluídos sociais.

As características principais desse novo fenômeno, conforme identificadas por Susanna Pozzolo, responsável pela alcunha do termo, seriam: diferenciação entre princípios e regras; superação da subsunção em favor da ponderação; subordinação do legislador à Constituição e consequente limitação de sua liberdade; e majoração do papel do juiz constitucional, que deve passar a fazer uma interpretação moral da Constituição¹.

A ideologia neoconstitucionalista foi fortemente influenciada pelas doutrinas de Alexy, Kelsen, Zagrebelsky, Dworkin, Häberle e outros que, embora não se afilem à corrente, têm seus trabalhos normalmente citados por autores que com ela se identificam. Apesar de seus discursos grandiloquentes, o neoconstitucionalismo não ganhou espaço em todos os ordenamentos jurídicos europeus, tendo se concentrado principalmente em Espanha e Itália, nos quais tem como principais nomes Luis Prieto Sanchís e Paolo Comanducci, respectivamente.

A partir do velho continente, a ideologia chegou à América Latina e se desenvolveu de forma massiva na região. Doutrinadores renomados em diversos países latino-americanos se afilem ao neoconstitucionalismo, tendo a ideologia influenciado fortemente a interpretação e a construção da prática constitucional

¹ SUSANNA POZZOLO. "Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional", in *Doxa*, v. 21-II, 1998, p. 339-342.

local nas últimas décadas e até mesmo a elaboração das atuais constituições de Bolívia, Equador e Venezuela.

A expansão do neoconstitucionalismo na América Latina não foi acidental. Como fenômeno que se propõe a valorizar os direitos fundamentais perante o Estado, chegando mesmo a relativizar ou negar institutos democráticos consolidados para alcançar esse objetivo, o neoconstitucionalismo encontrou uma audiência favorável nos países da região, assolada por altos índices de desigualdade social. Com um foco na concretização das promessas fundamentais contidas nas cartas constitucionais que não haviam sido cumpridas de forma satisfatória pelos Estados latino-americanos, o neoconstitucionalismo se firmou no subcontinente como o grande instrumento de satisfação dos anseios populares.

No Brasil, o neoconstitucionalismo talvez tenha encontrado uma inserção no meio acadêmico e na jurisprudência não notada em outra região. Atualmente, pode-se dizer que a ampla maioria dos profissionais do Direito enxerga o neoconstitucionalismo e suas ideias como a forma correta de teorizar o Direito e de interpretar a Constituição². Em concursos públicos de altos cargos – como de juízes e promotores de justiça –, é exigido um conhecimento detalhado das ideias neoconstitucionalistas, clara demonstração de que, para ocupar cargos elevados no Judiciário ou nos órgãos que atuam junto ao Poder, é necessário que o profissional adote ideais neoconstitucionalistas.

A partir da doutrina, o neoconstitucionalismo em pouco tempo passou a dominar as discussões acadêmicas acerca dos direitos fundamentais, passando a ser visto como a nova verdade absoluta do Direito Constitucional, a única forma correta de enxergar os valores constitucionais. Este entendimento, por certo, chegou ao

² Apenas alguns exemplos doutrinários dessa visão: AMÉLIA SAMPAIO ROSSI; DANIELLE ANNE PAMPLONA. "Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?", in *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 33, n. 2. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, jul-dez 2013; ANA PAULA DE BARCELLOS. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 15. Salvador: jan./fev./mar. 2007. p. 30; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE. "Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação", in *Revista de Direito Tributário (São Paulo)*, v. 92, p. 1, 2005; LUÍS ROBERTO BARROSO. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 188-ss; PAULO RICARDO SCHIER. "Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo", in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out/nov/dez 2005. p. 3.

Judiciário, que passou a ser visto como o responsável pela garantia de todos os direitos que até então estavam sendo negados pelo Estado.

Como mencionado, o neoconstitucionalismo relativiza certos institutos democráticos, sendo talvez o principal deles o princípio do equilíbrio e separação entre os Poderes. Na ânsia de dar concretude imediata aos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo deu ao Judiciário a atribuição de resolver todo tipo de conflito advindo da aplicação das normas constitucionais, inclusive nos casos em que, até então, se acreditava necessária a intervenção dos Poderes políticos. Para a corrente, omissões políticas não poderiam mais ser aceitas, devendo o Judiciário intervir para assegurar à população os direitos que lhe eram prometidos pelas suas constituições a partir da extração direta destas do conteúdo de todos os direitos fundamentais, inclusive daqueles que demandam prestações do Estado.

Percebe-se, então, com o avanço do neoconstitucionalismo, um alargamento do Judiciário, e uma certa imposição do Poder sobre os demais. No caso específico do Brasil, essa expansão judicial foi favorecida pelo Poder Legislativo. Talvez sem antever as consequências de suas ações, os legisladores nacionais aprovaram emendas constitucionais e leis que concederam ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, poderes que até então os próprios juízes negavam possuir. Em um curto espaço de tempo, as decisões da suprema corte nacional em sede de conflito de constitucionalidade passaram a ter efeito *erga omnes* e a se sobrepôr à legislação aprovada pelo Congresso, e alguns precedentes passaram a vincular até mesmo as ações do Poder Executivo, conforme assim decidisse o próprio tribunal.

Diante deste quadro de expansão legislativa dos poderes judiciais, ausência de controle político dos atos praticados pelas cortes e tímido exercício da autocontenção pelos juízes de todas as instâncias, a doutrina passou a afirmar com bastante convicção que o neoconstitucionalismo passou a ser uma realidade no Brasil, tendo atingido, no país, o seu ideal de ampliação da competência do Judiciário para resolução das mazelas sociais³. Embora os fatos relativos à organização estatal possam sustentar esse entendimento, o neoconstitucionalismo não se limita à esfera

³ DANIEL SARMENTO. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", in FELLET, André Luiz Fernandes et. al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. pp. 85-ss.

estrutural do Estado, preocupando-se também com o conteúdo e a forma de concessão dos direitos fundamentais. Para a ideologia, não basta que o Judiciário tenha poder para decidir os conflitos de direitos fundamentais: essas questões devem ser decididas de uma determinada forma, seguindo certos parâmetros e de acordo com certos princípios. Supera-se, então, a questão formal-estrutural (neoconstitucionalismo como teoria de Estado), e chega-se a um enfoque material (neoconstitucionalismo como teoria do Direito). É nesta vertente que a presente pesquisa pretende focar.

Seria difícil, para não dizer impossível, negar a expansão demasiada dos poderes do Judiciário no Brasil. Isto é um fato objetivo, que pode ser extraído diretamente da análise da legislação atinente à área, sendo corroborado pela doutrina especializada⁴. Portanto, na esfera formal-estrutural, parece evidente um desequilíbrio a favor do Judiciário nas relações entre os Poderes. Na esfera material, porém, a influência neoconstitucional não é tão clara.

Como será abordado em maiores detalhes, o próprio conteúdo dos direitos fundamentais e a forma de sua satisfação são vistos de forma diferente pelo neoconstitucionalismo. A corrente ideológica formula posições acerca destas questões que diferem sensivelmente do que até então era trabalhado na doutrina jurídica. Vinculando-se muito mais a questões abstratas, entendimentos filosóficos, valores morais e posicionamentos advindos de outras ciências, o neoconstitucionalismo enxerga os direitos fundamentais e a própria constituição de forma muito mais “líquida” (para emprestar o termo utilizado por Zygmunt Bauman em suas obras) que o positivismo. O conteúdo dos direitos, os limites e a forma de atuação do Judiciário são vistos de forma singular, levando em consideração as especificidades do caso concreto e não princípios jurisprudenciais consolidados. Concentra-se mais no ideal de justiça do que na legalidade.

Nesses moldes, afirmar que o neoconstitucionalismo influenciou o Supremo Tribunal Federal não pode se limitar a uma observação objetiva dos poderes da

⁴ Além das normas originárias da Constituição de 1988, a expansão de poderes do Judiciário no Brasil, em especial do Supremo Tribunal Federal, se deu principalmente por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou as súmulas vinculantes, da regulamentação das ações de controle abstrato de constitucionalidade (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99) e da criação do mecanismo de recursos repetitivos, através das Leis n. 11.418/06 e 11.672/08 (RODRIGO BRANDÃO. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”, in FELLET, André Luiz Fernandes et. al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. pp. 646-ss).

corte suprema ou do seu caráter ativista, uma vez que tribunais ativistas existem em diversos ordenamentos, independentemente do neoconstitucionalismo. Deve-se ir além e analisar as próprias decisões do tribunal para observar, a partir dos seus fundamentos e bases teóricos, se há influência do neoconstitucionalismo em seu modo de decidir. Afinal, com as competências amplas que possui (esfera formal-estrutural), o STF poderia adotar fundamentos conservadores, avessos aos direitos fundamentais e deferentes aos Poderes políticos (esfera material), situação na qual não se poderia concluir se tratar de uma corte neoconstitucionalista.

Essa distinção entre as esferas formal-estrutural e material é importante e guiará toda a pesquisa, pois nas questões de direitos sociais, o STF não é influenciado pelo neoconstitucionalismo. Embora seja certo que o STF é uma corte ativista, os fundamentos decisórios adotados pelo tribunal ao decidir questões de direitos sociais que lhe são submetidas são oriundos da doutrina positivista, não podendo ser dito que o STF utiliza, em qualquer nível, parâmetros ideológicos neoconstitucionalistas nessas questões⁵.

Por isso, a presente pesquisa voltar-se-á para a análise das decisões relativas aos direitos fundamentais de liberdade. Pela sua própria natureza de direitos negativos, estes direitos possibilitam a adoção de argumentos mais abstratos, voltados a satisfazer valores ideais, dando uma margem de atuação mais ampliada ao órgão judicial. Por isso, talvez seja nesses direitos que se encontre a influência neoconstitucionalista no Supremo Tribunal Federal tão mencionada pela doutrina nacional.

Portanto, o *objetivo geral* do trabalho será verificar se há, ou não, influência neoconstitucional nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos de liberdade. Para alcançar tal objetivo, inicialmente serão examinados os fundamentos teóricos do neoconstitucionalismo.

Através da análise de diversos autores de diferentes países que expressamente se afiliam ao neoconstitucionalismo, serão identificadas as bases teóricas do movimento, com o intuito de verificar o que de fato é o

⁵ Em trabalho de minha autoria, que inspirou a presente dissertação, observei que nos julgamentos que envolvem questões de direitos fundamentais sociais, o ativismo da corte não é influenciado pela ideologia neoconstitucionalista (*A influência do neoconstitucionalismo para o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos sociais* [relatório]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015).

neoconstitucionalismo. É apenas conhecendo o que é o neoconstitucionalismo que se pode verificar se ele influencia o STF. Em contraponto, serão mencionados posicionamentos de autores que adotam posicionamentos divergentes, para que se possa verificar como a corrente se encaixa na doutrina jurídica como um todo. Objetiva-se, precipuamente, realizar uma análise crítica do neoconstitucionalismo, a fim de apurar a sustentação interna (entre os autores afiliados) e externa (com a doutrina em geral) do fenômeno.

Sem pretensões de esgotar exhaustivamente toda a doutrina acerca do tema, até porque o foco da pesquisa é no fenômeno como se apresenta no Brasil, buscou-se mencionar os principais autores afiliados à corrente, como forma de expor um panorama geral do neoconstitucionalismo. É importante observar que existem diversas teorias que se debruçam sobre as mudanças constitucionais ocorridas nas últimas décadas que podem apresentar posições semelhantes àsquelas ligadas ao neoconstitucionalismo; até por isso, diversos autores que não se identificam como neoconstitucionalistas – Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, entre vários outros – são incorretamente vinculados ao movimento. Entretanto, a presente exposição será focada nos autores que efetivamente se afiliam ao neoconstitucionalismo⁶, como forma de analisar as estruturas teóricas da ideologia e entender como ela chegou a dominar a doutrina brasileira.

Identificados os fundamentos neoconstitucionalistas, será explorada a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade, em especial do tribunal superior de um país. Isto é importante para que se possa fazer um contraponto bem delimitado entre o que entende o neoconstitucionalismo e o que entende a doutrina que se opõe a ele, sem o que não haveria como avaliar com objetividade a forma de decidir do STF. Neste momento, serão abordados temas pertinentes, como técnicas de interpretação constitucional, equilíbrio entre os Poderes na atual configuração institucional brasileira, afetação da democracia pelo exercício indevido do Poder Judiciário, entre outros.

Ultrapassado esse exame, serão analisados diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre questões que envolvam direitos de liberdade a fim de

⁶ Em razão dessa “apropriação” indevida de doutrinadores pelo neoconstitucionalismo, e com o intuito de evitar infidelidade acadêmica com os autores mencionados, decidiu-se seguir a autotaxificação de cada doutrinador, tendo sido propositadamente retirados do âmbito da pesquisa aqueles que não se identificam pessoalmente como neoconstitucionalistas.

identificar características que demonstrem, ou não, a influência do neoconstitucionalismo para a jurisprudência da corte.

Quanto à *metodologia*, o tema exige que a pesquisa seja apresentada de forma diferenciada em cada capítulo.

Ao abordar o neoconstitucionalismo, buscou-se filtrar, em meio aos inúmeros trabalhos existentes sobre o tema, os principais nomes da corrente em todas as regiões em que ela se apresenta para que se pudesse apurar com maiores detalhes o conteúdo teórico do fenômeno. Assim, quanto a este ponto, a pesquisa é, em um primeiro momento, meramente expositiva: apresenta, individualmente, os posicionamentos dos doutrinadores principais da corrente acerca dos temas mais importantes do constitucionalismo (origens do fenômeno; teoria de Estado; constitucionalização do ordenamento jurídico; separação de poderes e supremacia judicial; força normativa, eficácia direta das normas constitucionais e proeminência dos direitos fundamentais; interpretação constitucional; e conexão entre Direito e Moral). Decidiu-se pela exposição individual dos posicionamentos dos diversos autores uma vez que, como se verá nos tópicos específicos, os entendimentos são bastante diversos, o que tornaria impossível apresentá-los de forma conjunta, como se houvesse um “modo de pensar neoconstitucionalista” unificado.

Após a exposição dos posicionamentos constitucionalistas acerca de cada um dos temas principais, passar-se-á a uma análise comparativa dessas posições – a fim de expor suas diferenças e semelhanças para que seja apurada a solidez interna dos fundamentos neoconstitucionalistas – e a uma análise crítica desses entendimentos, para que se apure a validade dos seus argumentos, como se inserem no constitucionalismo contemporâneo e as suas consequências para o Direito e para a democracia. Nesta última etapa, recorrer-se-á à doutrina que não se identifica com o neoconstitucionalismo, para que sirva de paradigma teórico objetivo para a análise feita acerca da corrente.

Já nos capítulos que falam sobre a jurisdição constitucional em geral e do Supremo Tribunal Federal em específico, recorrer-se-á à doutrina especializada para analisar o papel ideal de uma corte constitucional, o ativismo judicial e como se apresenta a situação atual do sistema brasileiro nesse aspecto, no que será relevante abordar diretamente as disposições da Constituição e da legislação atinente. Busca-se não apenas expor o estado ideal das coisas em confronto com o

real, mas também filtrar criticamente os entendimentos existentes acerca de cada situação, para que ao fim se formulem parâmetros próprios que serão utilizados no último capítulo.

Vale pontuar que embora seja natural um enfoque maior na doutrina brasileira, uma vez que se estuda um fenômeno com ampla inserção no meio jurídico nacional e sua influência no tribunal máximo do país, a pesquisa não evitará recorrer a doutrinadores de outros países, como forma de dar maior profundidade aos temas abordados e às apreciações formuladas. Considerando a influência de doutrinadores estrangeiros nas construções acadêmicas e jurisprudenciais brasileiras, bem como a semelhança e conexão dos institutos democráticos nos mais diversos regimes, não faria sentido se ater à doutrina brasileira, ainda que ela apresente maior destaque em diversos momentos em função do objeto de estudo.

Em relação ao capítulo final, serão averiguadas as competências legais e constitucionais do Supremo Tribunal Federal, como forma de avaliar os poderes que possui no controle de constitucionalidade dos atos políticos e verificar de que modo se apresenta, atualmente, a separação de poderes no Estado brasileiro. Após, serão analisadas decisões importantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos direitos de liberdade que sejam representativas do modo de julgar da corte ou que tenham decidido questões com ampla repercussão social e impacto relevante para o tratamento dos direitos fundamentais no país.

Deve ser ressaltado que no processo de escolha das decisões a serem analisadas, foram excluídos os julgamentos proferidos há mais de 20 (vinte) anos (ou seja, anteriores a 1998), vez que as mudanças na composição da corte ocorridas desde então - nomeadamente a saída dos ministros que haviam sido indicados pelos governos militares - provocaram uma ruptura no modo de agir do tribunal, que passou a adotar a postura pela qual hoje é conhecido: ativista e pouco preocupado em ser deferente com os Poderes eleitos. Até esta mudança em sua composição, o STF era conhecido por ser extremamente passivo e poucopositor aos Poderes políticos, pelo que não faria sentido analisar decisões que não sejam representativas do perfil institucional atual do tribunal.

A análise dessas decisões será feita com base nas características neoconstitucionalistas que foram catalogadas no capítulo específico, na tentativa de encontrá-las, ou não, na fundamentação das decisões do STF. Durante este processo,

serão utilizados os critérios de atuação ideal formulados no capítulo anterior como parâmetro de avaliação da conduta do tribunal.

A seleção das decisões a serem analisadas não foi fácil. Mesmo com a limitação temporal definida, o volume de julgamentos realizados pelo tribunal é tão grande que seria impossível analisar, em um trabalho desta natureza, todas as decisões. Conforme dados divulgados pela própria corte⁷, somente nos cinco anos anteriores à conclusão deste trabalho (2013-2017), o Pleno do Tribunal julgou mais de 2.000 processos a cada ano, sendo que em 2016 esse número chegou a 3.378 decisões proferidas.

Em assim sendo, as decisões selecionadas são aquelas que a doutrina costuma mencionar como indicativas do modo de decidir da Corte, bem como aquelas que decidiram causas de grande repercussão, como o aborto de fetos anencéfalos e a união homoafetiva. Dessas decisões, foram extraídos outros julgados que foram utilizados pelos ministros como suporte para a sua fundamentação. A partir disso, foi traçado um panorama geral do modo de julgar do tribunal, o que possibilitou responder ao questionamento central do trabalho.

Ao fim da exposição, será apresentada a análise conclusiva acerca dos objetivos geral e específicos do trabalho: o Supremo Tribunal Federal é, ou não, influenciado pelas ideias neoconstitucionalistas em seu modo de decidir, de que forma isto ocorre e quais são as consequências para os direitos fundamentais e para a democracia do modo de agir do tribunal superior.

⁷ Estatísticas de decisões disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>.

I. NEOCONSTITUCIONALISMO – fundamentos teóricos e análise crítica da corrente

Conforme mencionado na introdução, o neoconstitucionalismo é um fenômeno relativamente recente no Direito Constitucional, tendo se revelado a partir da década de 1990. Ao contrário do que os autores que se afiliam à corrente tentam fazer parecer, o neoconstitucionalismo não se apresenta mundialmente como a nova forma de enxergar a Constituição⁸, sendo, em verdade, um movimento localizado em determinadas regiões, usualmente fomentado por razões históricas e culturais dos países nos quais apresenta algum tipo de inserção doutrinária⁹. Podem ser destacadas três regiões principais de aparição do neoconstitucionalismo: Europa (Itália e Espanha), América Latina e Brasil¹⁰.

Quanto à doutrina europeia, a teoria de Direito neoconstitucionalista possui cinco características principais que se destacam, de acordo com Luis Prieto Sanchís: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas escolhas legislativas”¹¹.

⁸ Como exemplos de autores que se opõem ao neoconstitucionalismo: LENIO LUIZ STRECK. “Contra o neoconstitucionalismo”, in *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, jan-jun. Curitiba, 2011; LUIGI FERRAJOLI. “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, tradução de André Karam Trindade, in: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, 2011; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. “Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 250. Rio de Janeiro: FGV, 2009; CARLOS BASTIDE HORBACH. “A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”, in ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; ELIVAL DA SILVA RAMOS. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ ROBERTO VICIANO PASTOR; RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, in *Revista general de derecho público comparado*, n. 9. Madrid, 2011. pp. 8-9.

¹⁰ MIGUEL CARBONELL. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, in CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 153.

¹¹ LUÍS PRIETO SANCHÍS. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. pp. 131-132.

Enxergando no neoconstitucionalismo múltiplas vertentes, Paolo Comanducci observa no fenômeno uma explícita concorrência com o positivismo, que teria sido a teoria de Direito dominante no século XIX e na primeira metade do século XX, e classifica as facetas da corrente como “neoconstitucionalismo teórico” (teoria de Estado), “neoconstitucionalismo metodológico” (teoria de Direito) e “neoconstitucionalismo ideológico” (ideologia). A ideologia neoconstitucionalista definiria ser objetivo principal do Estado a concretização dos direitos fundamentais, enquanto a metodologia trataria da conexão entre Direito e Moral. O neoconstitucionalismo teórico se referiria ao modelo de sistema jurídico neoconstitucionalista, caracterizado “por uma Constituição ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades de interpretação e aplicação das normas constitucionais no que diz respeito à interpretação e à aplicação da lei”¹².

Comanducci conclui que a teoria de Direito neoconstitucionalista “dá conta, melhor que a tradicional juspositivista, da estrutura e do funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos”¹³. Apesar disso, o autor possui críticas ao fenômeno, em especial na relação entre Direito e Moral.

Jorge Silva Sampaio, ao reconhecer a diversidade de conceitos do que seria o neoconstitucionalismo, afirma que este “parece servir como termo genérico [...] para referir-se a todas aquelas teorias explicativas e justificativas de certas práticas constitucionais que, em conjunto, alentam um tipo de constitucionalismo fortemente judicialista e judicializado, fundamentalista em matéria de direitos e, mais ou menos, “desconfiado” com o princípio maioritário”¹⁴.

O autor português menciona que os elementos característicos do Estado Neoconstitucional de Direito são aqueles formulados por Riccardo Guastini¹⁵, quais sejam: Constituição rígida; garantia judicial da Constituição; força vinculante da Constituição; sobreinterpretação da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; a influência da

¹² PAOLO COMANDUCCI. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. pp. 83-87.

¹³ *ibidem*, p. 87.

¹⁴ JORGE SILVA SAMPAIO. “Neoconstitucionalismo?”, in *Revista Direito & Política*, n.º 4, Julho/Agosto/Setembro. Loures: Diário de Bordo, 2013. p. 31 (grifos no original).

¹⁵ *ibidem*, pp. 40-42

Constituição sobre as relações políticas^{16 17}. Jorge Silva Sampaio entende que é necessária uma nova teoria do Direito para acompanhar este novo modelo de Estado, teoria esta que se afasta do positivismo teórico, que estaria inviabilizado pela constitucionalização do sistema jurídico. Nesse ponto, repete os postulados elaborados por Sanchís acerca do neoconstitucionalismo como teoria do direito¹⁸.

Já na América Latina¹⁹, o chamado “novo constitucionalismo latino-americano” é representado em especial pelas constituições de três países: Venezuela, Equador e Bolívia. Aprovadas respectivamente em 1999, 2008 e 2009, essas cartas constitucionais são o maior resultado dos anseios populares pela satisfação de seus direitos, tendo sido altamente influenciadas por diretrizes neoconstitucionalistas.

Materialmente, essas constituições têm em comum (i) “a busca de instrumentos que recomponham a perdida (ou nunca alcançada) relação entre soberania popular e governo”, através do estabelecimento de “mecanismos de legitimidade e controle sobre o Poder constituído mediante, em muitos casos, novas formas de participação vinculantes”, em especial a participação popular direta nos processos decisórios; (ii) uma ampla carta de direitos, com identificação de grupos vulneráveis e “uma interpretação extensiva dos beneficiários dos direitos”; (iii) reconhecimento da superioridade e da normatividade da Constituição; e (iv) incorporação de modelos econômicos nos textos constitucionais voltados a garantir a superação das desigualdades econômicas e sociais, dando ao Estado uma função renovada na economia²⁰.

¹⁶ RICCARDO GUASTINI. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. pp. 50-57.

¹⁷ É importante mencionar já neste momento que Riccardo Guastini não se identifica como neoconstitucionalista; pelo contrário, é ferrenho crítico do movimento (“A propósito del neoconstitucionalismo”, tradução de Renzo Cavani, in *Gaceta Constitucional*, nº 67. Lima: Gaceta Jurídica, 2013. pp. 231-240). Apesar disso, normalmente é citado como neoconstitucionalista em razão do artigo supracitado – que, em verdade, aborda a constitucionalização de um sistema jurídico (em especial o da Itália), e não o neoconstitucionalismo.

¹⁸ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?”, cit., p. 43-45.

¹⁹ Aqui vista como excluindo o Brasil, em razão da pouca comunicabilidade existente entre os doutrinadores latinos (que desenvolvem trabalhos sobre diversos países da região, mas dificilmente sobre o Brasil) e os brasileiros (que quase sempre mencionam doutrinadores europeus e americanos, mas raramente latino-americanos).

²⁰ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL. “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latino-americano”, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 25. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., 2010. pp. 34-37.

Foi inserido nessas constituições um novo conteúdo material sob “a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores”, que possuem alta carga axiológica e, conseqüentemente, alto grau de indeterminação. Para o neoconstitucionalismo, nesse novo modelo, a Constituição, “antes de ser uma norma jurídica, representa a estrutura social, forças políticas, instituições históricas de uma determinada sociedade”. Esta Constituição se apresenta em um Estado liberal de direito fundado na separação de poderes e que pretende garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, uma vez que, nesse modelo, o indivíduo é superior à sociedade²¹.

Para Rafael Enrique Aguilera Portales²², o neoconstitucionalismo traria uma nova teoria do Direito e uma nova visão da Constituição, que se afasta da concepção do Direito como “um conjunto consistente, sistêmico e coerente de normas jurídicas” e passa a vê-lo como “um conjunto flexível e harmônico de princípios, valores e regras [...] mais flexível e moldável, mais maleável, menos rígido e formal”. Nesse novo sistema, a lei deixa de ser a única fonte do Direito, passando a estar subordinada aos mandamentos constitucionais e se tornando um mero instrumento de efetivação destes²³.

Quanto à nomenclatura, impera observar que os autores latino-americanos afirmam que “neoconstitucionalismo” e “novo constitucionalismo latino-americano” não devem ser confundidos. Como observam Roberto Viciano Pastor e Ruben Martínez Dalmau, dois dos maiores estudiosos do movimento na América Latina, o neoconstitucionalismo é uma teoria do direito que tem como fundamento “a análise da dimensão positiva da Constituição” e que pretende “converter o *Estado de Direito* no *Estado Constitucional de Direito*” por meio da “[recuperação] da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e [do fortalecimento de] sua presença determinante no desenvolvimento e interpretação do mesmo”²⁴.

²¹ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES. “Las transformaciones del estado contemporáneo: legitimidad del modelo de estado neoconstitucional”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 15. Madrid: Universidad Carlos III, 2012. p. 4.

²² Embora possua formação acadêmica na Espanha, é professor da Universidade Autónoma de Nuevo León, México, razão pela qual foi inserido junto aos autores latino-americanos.

²³ *ibidem*, pp. 6-8.

²⁴ ROBERTO VICIANO PASTOR; RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, in CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. pp. 17-18.

Já o “novo constitucionalismo latino-americano” toma para si “as posições do neoconstitucionalismo sobre a necessária impregnação constitucional do ordenamento jurídico”, buscando analisar, “em um primeiro momento, a fundamentação da Constituição, isto é, sua legitimidade [...] posteriormente, como consequência daquela, interessa a efetividade da Constituição, com particular referência [...] à sua normatividade”²⁵.

Apesar dessas distinções, percebe-se facilmente que o “novo constitucionalismo latino-americano” é nada mais que o neoconstitucionalismo europeu adaptado para as demandas sociais do continente. Buscando garantir os direitos fundamentais da população, os doutrinadores do continente utilizam as novas visões trazidas pelo neoconstitucionalismo para reinterpretar as constituições de seus países – ou até mesmo formular novas constituições, como visto – com o intuito de garantir maior proteção aos direitos fundamentais contra o Estado, bem como de dar maior peso às demandas sociais de atuação do Estado para sua concretização. Esta conclusão pode ser corroborada pelo confronto entre as características gerais do neoconstitucionalismo traçadas por Carbonell com aquelas mencionadas pelos doutrinadores que estudam o “novo constitucionalismo latino-americano”.

Assim, ao invés de ver o “novo constitucionalismo” como algo distinto, conclui-se que ele é, em verdade, a expressão do neoconstitucionalismo na América Latina, pelo que os posicionamentos dos autores que se identificam com o “novo constitucionalismo” servirão de base para a análise da inserção do neoconstitucionalismo no direito latino-americano neste trabalho.

No Brasil, o maior nome da ideologia é, sem dúvida, Luís Roberto Barroso. Atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso tornou-se conhecido nacionalmente pela sua atuação como advogado em casos emblemáticos julgados pela corte suprema – como o do reconhecimento das uniões homoafetivas – e, na comunidade jurídica, como propagador do neoconstitucionalismo no país. Seu livro *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil* é costumeiramente citado pelos mais

²⁵ ROBERTO VICIANO PASTOR; RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU, “Aspectos generales...”, cit., p. 18.

diversos autores, neoconstitucionalistas ou não²⁶, sendo talvez a maior obra do neoconstitucionalismo produzida em território brasileiro.

Barroso afirma que o neoconstitucionalismo aparece como uma alternativa entre o positivismo e o jusnaturalismo que “não trat[a] com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”. Consequência básica dessa nova visão do Direito seria a superação do formalismo jurídico, que teria ocorrido ao longo do século XX em razão da consolidação das ideias de que “o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar” e de que o ordenamento jurídico não possui as respostas para todos os problemas que se apresentam, o que demandaria do intérprete uma construção argumentativa “com recursos a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos”²⁷.

Outro autor brasileiro de renome²⁸ que se identifica como neoconstitucionalista, ainda que com ressalvas, é Daniel Sarmento. O doutrinador identifica o neoconstitucionalismo como “um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”, que teria encontrado grande inserção no país em razão da promulgação de uma Constituição com alta carga ideológica, da

²⁶ Como exemplos de autores que citaram o livro ou os artigos que foram compilados na obra: CLÊMERTON MERLIN CLÈVE. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014; JORGE SILVA SAMPAIO. *O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Notas sobre o direito constitucional...”, cit.; VASCO PEREIRA DA SILVA; INGO WOLFGANG SARLET. *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011; WALBER DE MOURA AGRA. “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, in DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

²⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 31-35.

²⁸ Exemplos de autores que fazem referência aos trabalhos de Daniel Sarmento: CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS. “Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal”, in FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013; INGO SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014; LENIO LUIZ STRECK. “O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo”, in *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1. Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 2013; RODRIGO BRANDÃO, “A judicialização da política...”, cit., 2013.

importação de teorias pós-positivistas pelos doutrinadores jurídicos nacionais e pela descrença da população com os Poderes políticos²⁹.

Esse novo paradigma poderia ser resumido nos seguintes fenômenos interconectados: força normativa dos princípios; rejeição ao formalismo jurídico e utilização de técnicas mais elásticas, como ponderação; irradiação da Constituição a todos os ramos do Direito; conexão entre Direito e Moral; e judicialização da política, com consequente acréscimo de poderes ao Judiciário³⁰.

No entanto, embora esses autores sejam grandes nomes do neoconstitucionalismo e suas visões sejam propagadas por boa parte da doutrina, elas entre si possuem divergências, além de não serem consonantes com os posicionamentos de diversos outros autores que também se identificam como neoconstitucionalistas; e este será o objeto dos próximos tópicos.

A exposição acerca dos fundamentos teóricos do neoconstitucionalismo será dividida de acordo com os temas mais relevantes afeitos a esta suposta nova visão da Constituição. Serão abordados sete temas principais: (i) as origens do fenômeno, (ii) a suposta nova teoria de Estado neoconstitucional, (iii) a constitucionalização do ordenamento jurídico, (iv) as modificações para a doutrina da separação de poderes, (v) a força normativa e eficácia direta das normas constitucionais, que são associadas à proeminência dos direitos fundamentais, (vi) a interpretação constitucional e (vii) a conexão entre Direito e Moral.

Busca-se, assim, relevar o que de fato é o neoconstitucionalismo, bem como testar suas bases teóricas a fim de estudar a adequação da corrente ao Direito democrático contemporâneo.

I.1 As origens do fenômeno

O surgimento do neoconstitucionalismo é vinculado a uma série de eventos históricos, jurídicos e sociais, ainda que de forma não pacificada pela doutrina.

Miguel Carbonell, doutrinador mexicano e talvez o maior nome mundial do neoconstitucionalismo, expõe que o movimento “pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial e

²⁹ DANIEL SARMENTO, “O neoconstitucionalismo no Brasil...”, pp. 87-95.

³⁰ Ibidem, pp. 73-74.

sobretudo a partir dos anos setenta”³¹. Essas constituições, e a doutrina que as interpretou, criaram nova abordagem do Direito Constitucional, à qual se deu o nome de neoconstitucionalismo.

Ana Paula de Barcellos também observa no constitucionalismo pós-Segunda Guerra o advento do neoconstitucionalismo. Isto teria ocorrido em razão da introdução nas cartas constitucionais de elementos axiológicos (como a dignidade da pessoa humana) que buscavam limitar as futuras maiorias democráticas, além da inserção de objetivos a serem alcançados por essas maiorias, como a redução da desigualdade e o acesso de todos à saúde. Em razão desse novo modelo de normas constitucionais, foi necessário criar uma teoria que lhes desse eficácia jurídica – e daí surge a preocupação principal do neoconstitucionalismo³².

Rafael Enrique Aguilera Portales menciona como fator impulsionador do neoconstitucionalismo a globalização, que teria levado a uma “crise irreversível” do modelo de Estado moderno³³, que é demonstrada pela “perda da soberania e pela grave deterioração do princípio da legalidade como princípio fundamental do Estado de direito”. Novas mudanças na teoria constitucional até então utilizada são estimuladas pela “superioridade da economia sobre a política e o crescimento exponencial do mercado sobre a esfera pública”³⁴.

Walber de Moura Agra entende que a terminologia surgiu da “necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo, no juspositivismo ou no jusnaturalismo”. Na concepção do autor, essa nova visão teria sido estimulada “a) pela falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito”. Para o autor, o neoconstitucionalismo garante à Constituição um valor especial, pois ela

³¹ MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo...”, cit., p. 154.

³² ANA PAULA DE BARCELLOS, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais...”, cit., pp. 4-5.

³³ “Moderno” é utilizado ao longo deste trabalho em referência ao modelo de Estado que começou a ser formulado ainda na Idade Moderna e perdurou, de certo modo, até a Segunda Guerra Mundial. O atual modelo é referido como “Estado contemporâneo”.

³⁴ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES. “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., pp. 3-4.

passa a exercer a função de “realizar as ‘promessas da modernidade’, que até agora não se tornaram realidade para parcela significativa da população”³⁵.

Luís Roberto Barroso enxerga três marcos para o advento do neoconstitucionalismo a nível mundial. O constitucionalismo europeu pós-Guerra seria o marco histórico e o pós-positivismo o marco filosófico. O marco teórico seria representado por três fatores: a aceitação da força normativa e da aplicabilidade imediata das normas constitucionais; a expansão da jurisdição constitucional; e o surgimento de um novo modelo de interpretação constitucional³⁶.

Os autores neoconstitucionalistas latino-americanos traçam como o fator principal para a ocorrência do fenômeno na região a realidade social da população, em especial quanto ao exercício de seus direitos sociais. Sendo uma região com alto grau de desigualdade social, a América Latina possui, até hoje, limitada estrutura para a satisfação dos direitos fundamentais de sua população, em especial da que possui limitados recursos financeiros, o que gera um desequilíbrio elevado entre os indivíduos.

De acordo com os autores regionais, essas desigualdades econômicas resultam em uma demanda diferenciada de direitos pela população local. Enquanto em países europeus os tribunais constitucionais poderiam se preocupar com questões de “desigualdade em função do gênero, da orientação sexual ou de etnia”, os tribunais latinos são muito demandados para resolver questões resultantes das desvantagens econômicas sofridas por grande parte da população. Por essa razão, diversos autores entendem que “as ferramentas conceituais utilizadas pelo Tribunal alemão se apresentam como absolutamente inadequadas para reduzir ou acabar com a pobreza ou para diminuir de maneira significativa as diferenças econômicas em nossa região”³⁷.

A contínua desigualdade social compeliu os regimes democráticos locais a elaborarem novas constituições que garantissem maior proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, ou garantir o respeito àquelas constituições que foram

³⁵ WALBER DE MOURA AGRA, “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, cit., pp. 435-439.

³⁶ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, pp. 30-31.

³⁷ CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA. “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional” in SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (org). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: V&M Gráficas, 2008. p. 265.

ignoradas nesse aspecto durante os períodos autoritários pelos quais passaram as nações ao longo do século XX³⁸.

Como é típico dos processos de mudança social, essa evolução constitucional na América Latina não foi uniforme, e em alguns casos sequer pacífica. O Chile mantém em vigência a constituição aprovada em 1980, pela ditadura de Augusto Pinochet. A Constituição da Argentina está em vigor desde 1853, mas foi submetida a amplas reformas nesse período, a última delas em 1994. A Colômbia, que passou por um curto período ditatorial, possui em vigor a Constituição de 1991, que foi antecedida pela de 1886. A Bolívia teve três constituições após o seu período ditatorial, que se encerrou em 1985: 1994, 2004 e 2009. O Equador teve três constituições desde a saída do autoritarismo: 1978 (que retirou o país do regime opressor), 1998 e 2008. A Venezuela, por sua vez, teve as constituições democráticas de 1961 e de 1999, atualmente em vigor. O México, que não passou por regime autoritário em meados do século XX, possui a mesma constituição desde 1917, embora a carta tenha sido submetida a grande número de reformas³⁹.

Portanto, apesar da semelhança das demandas sociais, observa-se que os processos democráticos dos países da região foram distintos, algumas vezes sequer contando com novas constituições. Mas, em alguns deles, existem características comuns observadas pela doutrina que indicam o advento de um novo modelo de constitucionalismo regional.

Diversos países da região aprovaram suas constituições imediatamente após saírem dos regimes ditatoriais, entre o início dos anos 1980 e o início dos anos 1990. Conforme resumido por Carlos Manuel Villabella Armengol, as constituições produzidas nesse período tinham como características comuns “[...] extensão e detalhismo dos textos; abertura a conteúdos particulares das sociedades (indigenismo, reforma agrária, estados de exceção, papel do exército), não presentes no direito constitucional liberal; aumento do seu peso ideológico através da inclusão de normas-princípio e preceitos declarativos; alargamento do número de direitos; introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado ou misto; mutação da forma de governo com a introdução de mecanismos tendentes a

³⁸ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA. *Neoconstitucionalismo Transformador: el Estado de Derecho en la Constitución de 2008*. Quito, 2011. p. 59.

³⁹ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., p. 55.

amortecer o hiper-presidencialismo e de elementos parlamentares que estruturariam uma dinâmica diferente do governo; introdução de diretrizes qualificadoras do processo de reforma constitucional, e a abertura deste para processos constituintes ou de consulta popular”⁴⁰.

Entretanto, essas constituições não representaram uma modificação real da prática do constitucionalismo na região, o que só veio a efetivamente ocorrer após as eleições de 2006, que propiciaram uma renovação dos atores políticos regionais⁴¹.

Essa mudança na forma de interpretar os textos constitucionais foi motivada, como mencionado, especialmente pelo não cumprimento das promessas contidas nessas cartas constitucionais. Conquanto fossem textos com alta carga valorativa e uma série de disposições voltadas à satisfação de um amplo rol de direitos fundamentais, a realidade social era incompatível com esses textos. Isto gerou uma demanda populacional que influenciou não só o espectro político, mas também a seara jurídica, dando espaço para a influência do neoconstitucionalismo tanto na fundamentação de decisões judiciais, como também na formulação de novas constituições.

Resumida a origem do neoconstitucionalismo de acordo com seus autores, uma questão que salta aos olhos é a diversidade de causas citadas pelos doutrinadores neoconstitucionalistas como responsáveis pelo surgimento do movimento. Somente nesse grupo de autores, foram observados 13 (treze) fatores supostamente causadores do surgimento do neoconstitucionalismo. Ainda mais incongruente, porém, é a ausência de diferenciação pelos autores do que seriam causas e do que seriam consequências do neoconstitucionalismo.

Ainda que se aceitasse que todos esses fatores possuem alguma relação com essa suposta nova visão acerca da Constituição e do Estado, observa-se que alguns deles não podem ser tidos como causadores do fenômeno, uma vez que seriam, no máximo, apenas consequências dele.

Luís Roberto Barroso lista como integrantes do “conjunto de transformações que modificaram o modo como [o direito constitucional] é pensado e praticado”⁴²:

⁴⁰ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., p. 55.

⁴¹ *ibidem*.

⁴² LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 30.

o constitucionalismo pós-Guerra, a superação do positivismo clássico, a força normativa da Constituição, o crescimento da jurisdição constitucional e as novas técnicas de interpretação constitucional. É fácil perceber que diversos desses elementos são, em verdade, consequências da prática jurídica modificada.

O constitucionalismo pós-Guerra é claramente uma causa – embora não exatamente do surgimento do neoconstitucionalismo, como se verá –, haja vista ter sido responsável por verdadeira modificação no conteúdo das cartas constitucionais. No entanto, a força normativa dessas novas constituições é uma consequência desse novo modo de elaborar e enxergar a norma superior, e não a sua causa.

Desde o início do século passado, autores defendiam a normatividade das constituições. Algo que sempre foi realidade nos Estados Unidos, ainda que de forma mais limitada que hoje em dia⁴³, a força normativa das normas constitucionais europeias era defendida por alguns autores na metade inicial do século XX; talvez, os trabalhos mais conhecidos nesse sentido sejam os de Hans Kelsen⁴⁴ e Konrad Hesse⁴⁵. Entretanto, as constituições europeias somente deixaram de ser documentos políticos com o processo de constitucionalização ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, o que influenciou também a constitucionalização em outras partes do mundo, como na América Latina, da forma exposta pelos autores neoconstitucionalistas acima citados.

Portanto, a força normativa não é uma causa de um novo constitucionalismo, mas sim uma de suas consequências – talvez até uma das mais relevantes –, pelo que é tecnicamente impróprio mencioná-la como fator causal do surgimento do neoconstitucionalismo. Ela poderia, no máximo, ser mencionada como característica desse movimento.

O mesmo se pode dizer da ampliação da jurisdição constitucional. O maior poder do Judiciário foi concedido, inicialmente, pelas novas cartas constitucionais, que criaram tribunais superiores que tinham como objetivo principal garantir a

⁴³ Até a atuação ativista da Corte Warren entre os anos 1950-60, a maior parte do conteúdo da *Bill of Rights* norte-americana não era aplicável aos governos estaduais e locais (VINCENT MARTIN BONVENTRE. “Judicial Activism, Judges’ Speech, and Merit Selection: Conventional Wisdom and Nonsense”, in *Albany Law Review*, vol. 68, 2005. p. 566).

⁴⁴ HANS KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*, tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168-181.

⁴⁵ KONRAD HESSE. *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

aplicabilidade das normas constitucionais. Assim sendo, a ampliação inicial – ou a própria criação – da jurisdição constitucional também não pode ser considerada elemento causador de uma nova teoria constitucional se é um fator advindo da própria Constituição; sendo, também, apenas uma característica desse novo ordenamento.

A superação do positivismo, chamada de pós-positivismo por Walber de Moura Agra, igualmente parece ser uma construção advinda dessa nova visão constitucional, e não um fato que lhe antecedeu. O mesmo se entende acerca da nova interpretação constitucional. Explica-se.

As novas constituições – estas, sim, causadoras de um novo constitucionalismo – possuíam uma série de normas e princípios que parte da doutrina entendeu não mais se encaixarem nas proposições da teoria positivista. Em razão disso, foi formulada – ou, no caso, tenta-se formular até hoje – uma teoria que se adeque a essas novas normas superiores e às demandas que delas são extraídas e que se afaste da teoria que se entende superada (positivismo). Essas novas teorias, portanto, são consequências de um novo constitucionalismo, e não suas causadoras.

As teorias jurídicas advêm da norma posta, e não o contrário. Afirmar que as características das novas constituições são criações do neoconstitucionalismo é o mesmo que afirmar que as constituições modernas⁴⁶ foram criações do positivismo, o que não faz sentido lógico. A teoria que interpreta e aplica as normas constitucionais é, naturalmente, posterior a essas normas, sendo um desafio à lógica afirmar o contrário.

Walber de Moura Agra, além da superação do positivismo, também menciona como causas do neoconstitucionalismo elementos sociais e políticos, quais sejam, a pós-modernidade, a globalização e a falência do modelo normativo moderno, que teria sido baseado na supremacia parlamentar. Os dois últimos fatores também são mencionados por Rafael Enrique Aguilera Portales, que fala na falência do Estado moderno.

⁴⁶ Vale a mesma observação que a realizada para a nomenclatura do modelo de Estado: as constituições modernas seriam aquelas formuladas sob a influência do pensamento da Idade Moderna, ainda que tenham entrado em vigor posteriormente a este marco histórico. As constituições que seguem o modelo do pós-Guerra serão referidas como “constituições contemporâneas”.

A superação da supremacia parlamentar e a concessão de poderes para um órgão judicante é, de fato, um elemento característico da nova ordem constitucional vigente desde a segunda metade do século XX, que se baseou no modelo norte-americano de controle judicial dos atos políticos. Por ser questão semelhante à ampliação da jurisdição constitucional mencionada por Barroso, valem as mesmas críticas acima apresentadas.

Agra não menciona de que forma a globalização e a pós-modernidade motivariam o neoconstitucionalismo, mas se forem aproveitados os motivos de Aguilera Portales, em razão da semelhança dos posicionamentos, conclui-se que estes elementos não estão de acordo com uma boa prática constitucional.

Aguilera Portales enxerga o neoconstitucionalismo de forma reativa às mudanças operadas na sociedade contemporânea, em especial pela influência do capital privado nas relações públicas. O autor entende que “o processo virulento de integração econômica mundial que denominamos globalização irrompe agressivamente transformando nossos modelos de Estado, sociedade e cidadania [...] a primazia da economia sobre a política e o crescimento exponencial do mercado sobre a esfera pública questionam gravemente o modelo de Estado constitucional que desejamos construir”. Aliando esses fatos à “grave deterioração do princípio da legalidade”, o autor entende que deve haver uma “atualização das categorias políticas e jurídicas tradicionais que temos utilizado na Teoria constitucional”, que enxergue o direito de forma mais flexível, informal e adaptável⁴⁷.

Reservando as críticas à informalidade jurídica defendida por alguns neoconstitucionalistas para o capítulo correspondente, é difícil defender que estas mudanças nas relações globais possam justificar uma modificação nas teorias jurídicas sem que haja mudança na legislação. As normas jurídicas devem ser responsivas a novas realidade sociais e políticas, e a proteção do indivíduo é o principal objetivo do Estado. E é justamente por isso que se enxerga uma inconsistência no posicionamento de Aguilera Portales.

O autor apresenta as mudanças sociais causadas pelas novas relações globais e econômicas características deste momento histórico de forma negativa. Entretanto, ao invés de defender uma mudança legislativa e constitucional que proteja os

⁴⁷ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., pp. 3-6.

indivíduos contra esses fatores, defende mudanças apenas na interpretação e aplicação do Direito⁴⁸ de forma a garantir uma manutenção do *status quo ante* dos direitos fundamentais.

Ou seja, ao tempo que defende uma tentativa de contenção das mudanças sociais – o que é manifestamente incongruente e impossível de obter, como a História demonstra –, o autor impulsiona um posicionamento que extraia da Constituição exatamente o que o intérprete quer ou precisa para aquele momento específico, em total abandono da *rule of law* e da legalidade⁴⁹. Além de tentar conter o indominável (as alterações das relações políticas e sociais), o autor defende um abandono das características mais elementares do Direito contemporâneo, em especial a segurança jurídica, que existem justamente para garantir proteção ao indivíduo contra abusos do Estado e decisionismos.

Observadas essas fragilidades argumentativas, entende-se que os fatores mencionados não sustentam a asserção elaborada pelos autores.

Acrescidos a esses, os fatores jurídicos que deram causa ao neoconstitucionalismo mencionados por Walber de Moura Agra são a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento, diferenciação entre princípios e regras e a revalorização do Direito. Em relação à última, o autor não esclarece o que quis dizer; talvez estivesse se referindo à remoralização do Direito, a qual aborda no mesmo artigo⁵⁰, mas não há como ter certeza disto em razão da ausência de elaboração do autor sobre o seu entendimento. Assim, sem saber exatamente o posicionamento do autor, e sem observar algum momento da História recente em que o Direito tenha sido desvalorizado (a não ser pelo próprio neoconstitucionalismo, como será abordado), não há como elaborar crítica quanto a este ponto. A questão da vinculação entre Direito e Moral será analisada em tópico específico.

⁴⁸ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., p. 25.

⁴⁹ A *rule of law* deve ser entendida como “os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário do poder” (JORGE MIRANDA. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. pp. 76-77). É, portanto, mais abrangente que a legalidade, que aqui se refere à vinculação às normas jurídicas positivadas.

⁵⁰ Cfr. WALBER DE MOURA AGRA, “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, cit., pp. 440-442.

Em relação aos dois primeiros fatores (centralidade dos direitos fundamentais e diferença entre regras e princípios), pode ser repetido o mesmo que fora afirmado anteriormente em relação aos elementos mencionados por Barroso: estas são características do novo ordenamento constitucional, e não seus elementos propulsores ou geradores. Foram as cartas constitucionais que colocaram a preocupação com os direitos fundamentais em posição de destaque, e foram elas que previram normas que podem ser classificadas como princípios e normas que podem ser classificadas com regras. Assim, novamente impróprio mencionar estes elementos como causadores do neoconstitucionalismo.

Por fim, resta a realidade social dos países latino-americanos (incluindo o Brasil), mencionada pelos autores da região. Os doutrinadores observam que, diferente da Europa, a desigualdade social pungente na América Latina foi um dos principais fatores de motivação do neoconstitucionalismo, em especial no concernente à concretização dos direitos sociais. Isto é, de fato, uma realidade.

Os fatores sociais existentes na América Latina são bastante distintos dos que se observam no continente europeu. Na região, as promessas constitucionais em muitas vezes não deixaram de ser isso: apenas promessas. Diversos países passaram por períodos ditatoriais após a Segunda Guerra, o que apenas agravou a demanda social por mais direitos fundamentais.

Assim, as constituições promulgadas recentemente incluíram esse ímpeto social por mudanças sociais profundas, o que se confirma pela existência de amplo rol de direitos sociais em seu corpo, aos quais foi dada a mesma força normativa que aos direitos de liberdade. Logo, observa-se um fator que propugnou um novo constitucionalismo, um real causador de uma nova forma de elaborar, interpretar e aplicar as normas constitucionais⁵¹.

Em resumo, dos treze fatores listados pelos doutrinadores como causadores do neoconstitucionalismo, conclui-se que apenas dois deles (processos constitucionais do século XX e fatores sociais da América Latina) possuem alguma

⁵¹ Em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, o neoconstitucionalista Rubén Martínez Dalmau menciona como a Fundação Ceps – Centro de Estudos Políticos e Sociais influenciou diretamente a elaboração das constituições de Venezuela, Bolívia e Equador (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0103200909.htm>), reconhecidas como exemplos de constituições neoconstitucionais (CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL. “Constitución y democracia...”, cit., p. 49).

razão de ser – ainda que se observe a fragilidade na ligação entre a constitucionalização do pós-Guerra com o surgimento de uma teoria nos anos 1990.

Apesar disso, o neoconstitucionalismo não fica blindado às críticas ou tem a sua existência justificada em razão da confirmação desses dois fatores. Em verdade, ambas as situações se influenciaram mutuamente (a constitucionalização europeia motivou o processo de constitucionalização latino-americana, que abarcou as tentativas de resolução de seus problemas sociais) e foram absorvidas por outras teorias jurídicas, inclusive o positivismo. Mas as análises específicas quanto a isto serão feitas nos tópicos correspondentes, cabendo agora apenas ressaltar que, embora as duas causas sejam válidas como justificativas do fenômeno, não levaram especificamente ao surgimento do neoconstitucionalismo.

1.2 A inexistência de uma teoria de Estado neoconstitucionalista

De acordo com seus autores, o neoconstitucionalismo teria representado mudanças em diversas áreas da Ciência Jurídica. Notando essa influência, Paolo Comanducci entende que, quanto à teoria de Estado, o modelo de sistema jurídico neoconstitucionalista se caracteriza “por uma Constituição ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades de interpretação e aplicação das normas constitucionais”⁵².

Fazendo observações parecidas, Luis Prieto Sanchís entende que, no concernente à teoria de Estado, a distinção desse novo constitucionalismo é resumida pela expressão “constituições materiais e garantidas”. Servindo de oposição à ideia de constituição formal, uma constituição material é aquela que possui “um denso conteúdo substantivo formado por normas de diferentes denominações (valores, princípios, direitos ou diretrizes) mas de idêntico sentido, que é o de dizer ao poder não apenas como se organizar e tomar suas decisões, mas também o que pode e, às vezes, o que deve decidir”. Uma constituição material garantida é aquela cuja “proteção ou efetividade é confiada aos juízes”, existindo todo um sistema de normas que visa a compelir ou sancionar as infrações aos direitos previstos na Constituição. É a combinação dessas duas características das

⁵² PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 83.

constituições contemporâneas que representa a sua inovação, e garantem que a norma primária passe a atuar “como um limite e garantia e como uma norma diretiva fundamental”⁵³.

Carlos Manuel Villabella Armengol observa que o modelo neoconstitucional implica em um aumento do número de direitos e ampliação da sua titularidade, bem como na ampliação do protagonismo do Estado na concretização dos direitos⁵⁴. Para Ramiro Ávila Santamaría, o atual modelo de Estado, o Estado constitucional, representa uma superação do modelo do Estado legal, que tinha a sua legitimidade advinda da lei e tinha o poder concentrado em uma classe política⁵⁵. No novo modelo de Estado, os direitos fundamentais são o fim do Estado, e a Constituição, fonte máxima do Direito, cria os órgãos estatais para proteger e garantir esses direitos. A carta constitucional, ainda, cria instrumentos de participação popular na tomada de decisões e para a elaboração de normas jurídicas. O Estado, então, tem toda sua atividade vinculada aos direitos fundamentais, devendo adotar ações positivas para garantir alguns e se abster para não desrespeitar outros, existindo um órgão judicial de controle desses limites – normalmente, uma corte constitucional⁵⁶.

A transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional teria três características principais, identificadas por Rafael Enrique Aguilera Portales: primazia da Constituição ao invés de primazia da lei; reserva da Constituição ao invés de reserva da lei; e controle jurisdicional de constitucionalidade, ao invés de controle de legalidade⁵⁷. Roberto Viciano Pastor e Ruben Martinez Dalmau apontam que as novas constituições possuem como características comuns o estabelecimento de mecanismos de legitimidade e controle aos agentes do Estado, o que inclui formas de participação popular, e o controle concentrado de constitucionalidade, que garantiria mais mecanismos de consolidação democrática⁵⁸.

⁵³ LUÍS PRIETO SANCHÍS. “El constitucionalismo de los derechos”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. pp. 213-214.

⁵⁴ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., pp. 53-54.

⁵⁵ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *Neoconstitucionalismo Transformador...*, cit., p. 106.

⁵⁶ Ibidem, pp. 111-112.

⁵⁷ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES. “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”, in David Cienfuegos Salgado; Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coord.). *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual: contexto y crisis de las instituciones contemporâneas*. Fondo Editorial Jurídico: Monterrey, 2008. p. 24.

⁵⁸ ROBERTO VICIANO PASTOR; RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU. “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada”, in *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. pp. 20-22.

Conquanto nessa matéria haja certa unidade entre os neoconstitucionalistas – o que não é comum em relação a vários temas, como se verá –, essas colocações não representam inovações trazidas pelo movimento, mas são apenas características das constituições contemporâneas, observadas há décadas pelos autores não-neoconstitucionalistas e que, portanto, não podem ser “clamadas” pelo neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, José Gomes Canotilho afirma que, hoje, adota-se o modelo de “Estado constitucional democrático”, tendo em vista que ele é conformado por uma Constituição escrita e demanda a legitimação democrática dos Poderes constituídos⁵⁹. Para o célebre autor, a Constituição tem como funções (i) constituir os órgãos do Estado, delimitando as suas competências e traçando o processo de exercício do poder; (ii) racionalizar o exercício dos Poderes de Estado e criar limites mútuos entre os Poderes; (iii) servir de fundamentação material para os atos dos Poderes, que devem guiar suas condutas pelo conteúdo substantivo da Constituição, atualmente representado, em suma, pelos direitos fundamentais; (iv) impor a execução de programas e tarefas aos Poderes constituídos⁶⁰.

Nesse sentido, entende-se que a existência de uma constituição é inerente a um Estado de direito democrático. A Constituição é a norma fundamental, superior e vinculante a todos os atos jurídicos e normativos executados pelo Estado, e garantida pelos órgãos judiciais. É formada por um conjunto de princípios e regras, que estruturam os órgãos estatais, o sistema jurídico e os meios de representação democrática, sendo suas funções (i) garantir a unidade política do Estado; (ii) organizar e limitar o regime político, impondo-lhe regras que, se seguidas, garantir-lhe-ão legitimidade; (iii) estruturar o sistema jurídico-normativo; (v) garantir o sistema dos direitos fundamentais, prevendo esses direitos e criando os seus mecanismos de proteção; (vi) conceder as tarefas fundamentais do Estado, definindo os seus limites e também prevendo políticas a serem cumpridas⁶¹.

É a partir da Constituição que são conferidos o fundamento e os poderes dos órgãos do Estado, que são limitados pelas normas constitucionais, de acordo com as

⁵⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 43.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 73-74.

⁶¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Curso de direito constitucional – teoria da constituição em tempo de crise do Estado social*. Tomo II, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 413-433.

quais devem exercer suas funções. Caso a conduta dos entes estatais esteja em desacordo com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário declarar a invalidade desses atos; o Poder também deve intervir quando o Estado deixar de cumprir as determinações constitucionais, pois estas também impõem ao poder público a adoção de certas políticas⁶². Conforme lições do saudoso José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito constituído a partir da norma suprema deve exercer uma democracia participativa e pluralista, na qual “o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos”, cabendo a este Estado não apenas garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas também promover condições econômicas favoráveis ao seu exercício⁶³.

Mesmo a Constituição norte-americana, promulgada há mais de duzentos anos, sempre se apresentou como a lei fundamental, superior a toda atividade estatal⁶⁴, possuindo tanto a função de traçar as regras e procedimentos para a instauração e funcionalidade do governo, quanto de prever parâmetros de conduta e normas abstratas que possuem relação com os valores sociais; ou seja, a Constituição também possui a função de representar a identidade nacional⁶⁵.

De acordo com a teoria do “constitucionalismo democrático”, o Estado possui papel relevante no cumprimento das normas constitucionais, em especial as que possuam alta carga axiológica. Esta função estatal é cumprida tanto através dos representantes eleitos (Poderes Executivo e Legislativo) quanto através do Judiciário, que possui um papel essencial na garantia dos direitos fundamentais. O Estado, inclusive em sua função judicial, não pode ignorar a vontade popular e os valores defendidos pela sociedade, uma vez que, afastando-se deles, qualquer decisão tomada perde sua legitimidade democrática⁶⁶.

Isso não poderia ser diferente, independente da teoria constitucional à qual se filie, uma vez que, para um regime ser considerado democrático, é necessário que

⁶² JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 46-47.

⁶³ *Ibidem*, pp. 119-120.

⁶⁴ ROBERT C. POST. “Theories of Constitutional Interpretation”, in *Faculty Scholarship Series*, n. 209. New Haven: Yale Law School, 1990. pp. 18-19.

⁶⁵ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL. “Democratic Constitutionalism”, in JACK M. BALKIN; REVA B. SIEGEL (eds.). *The Constitution in 2020*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. pp. 26-27.

⁶⁶ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, in *Faculty Scholarship Series*, n. 169. New Haven: Yale Law School, 2007. pp. 378-379.

ele esteja regido por um conjunto de normas de procedimento que regulam o governo e os processos de tomada de decisões, procedimento este aos quais todos os agentes políticos devem estar submetidos. Por sua vez, isto cria a necessidade de um Judiciário ao menos semiautônomo e com poderes para fiscalizar a atividade dos Poderes políticos⁶⁷.

Desse modo, confirma-se que a atual existência de um Estado distinto, que se afasta do modelo de Estado Moderno e passa a adotar constituições não apenas limitadoras, mas também orientadoras do poder, com órgãos judiciais independentes que possuem a função de fiscalizar os atos dos demais Poderes e garantir o respeito à normas constitucionais, é uma característica dos regimes democráticos contemporâneos, confundindo-se com o próprio conceito atual de democracia. As democracias contemporâneas possuem esse modelo de Estado, que tem na Constituição a fonte da legitimidade de seu poder e nos direitos fundamentais o seu fundamento e suas diretrizes de ação.

Isso não possui relação com uma teoria de Estado inovadora criada pelo neoconstitucionalismo, mas foi um processo de evolução histórica que dura décadas, reconhecido por autores de diversos ordenamentos com tradições jurídicas distintas, muitos dos quais sequer possuem representantes neoconstitucionalistas.

Destarte, ainda que o modelo de Estado observado pelos autores neoconstitucionalistas realmente exista, não há como vinculá-lo à doutrina como se fosse sua formulação.

I.3 A constitucionalização do ordenamento jurídico: ausência de inovação

A constitucionalização do ordenamento jurídico, também chamada de impregnação das normas constitucionais no Direito, é uma das características mais mencionadas pelos autores do neoconstitucionalismo como representativas da corrente⁶⁸.

Na visão de Luis Prieto Sanchís, os direitos são concebidos como “normas supremas, efetiva e diretamente vinculantes, que podem e devem ser observadas

⁶⁷ RAN HIRSCHL. “The Political Origins of the New Constitutionalism”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11. Bloomington: Indiana University Maurer School of Law, 2004. pp. 73-74.

⁶⁸ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., p. 53.

em toda operação de interpretação e aplicação do direito”, o que se estende até mesmo aos direitos que dependem de intervenção legislativa. Por essa razão, os direitos fundamentais possuem um efeito de impregnação em todo o ordenamento jurídico, isto é, eles deixam de se limitar apenas às relações entre os indivíduos e o Estado, passando a reger qualquer relação jurídica. É a chamada “força expansiva” dos direitos fundamentais⁶⁹.

Miguel Carbonell afirma que a Constituição é “extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos assim como as relações sociais”⁷⁰. Com isto, ocorre um fenômeno de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, que possui as seguintes características, elaboradas por Ricardo Guastini⁷¹: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) sobreinterpretação constitucional; e) aplicação direta das normas constitucionais; f) interpretação conforme da legislação; g) influência da Constituição sobre as relações políticas⁷². Essas características também são incorporadas ao trabalho de Jorge Silva Sampaio⁷³.

Luís Roberto Barroso afirma que a “constitucionalização do Direito” gera a irradiação do conteúdo material e axiológico da Constituição para todos os ramos do Direito. Este fenômeno estaria associado ao efeito expansivo das normas constitucionais e tem como resultado uma contaminação das normas infraconstitucionais pelos “valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição, [que] passam a condicionar a [sua] validade e o [seu] sentido”⁷⁴.

Não obstante essas construções doutrinárias, a impregnação da Constituição em todo o ordenamento jurídico também não é uma característica inovadora incorporada ao Direito pelo neoconstitucionalismo. A doutrina positivista, que seria a grande opositora do neoconstitucionalismo⁷⁵, aceita que as novas constituições demandam que todo o ordenamento jurídico seja interpretado sob a luz dos

⁶⁹ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, cit., p. 216.

⁷⁰ MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo...”, cit., p. 159.

⁷¹ RICCARDO GUASTINI, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, cit., pp. 50-57.

⁷² MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo...”, cit., pp. 159-162.

⁷³ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?...”, cit., pp. 40-42.

⁷⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, p. 201-202.

⁷⁵ PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, cit., p. 83.

princípios e regras constitucionais. De fato, a constitucionalização do ordenamento jurídico é uma consequência natural da mudança de modelo da Constituição, que deixou de ser um documento meramente político e passou a ser jurídico e materializado, compelindo um controle mais substantivo de suas determinações⁷⁶.

Hans Kelsen⁷⁷ já entendia que a Constituição possui caráter obrigatório e que é a partir dela que se extrai o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, que devem ser editadas de acordo com o que dispõe a norma superior⁷⁸. Norberto Bobbio, outro renomado positivista, elaborou que a Constituição impõe limites materiais e formais ao legislador. Os primeiros se referem ao conteúdo das normas a serem editadas pelo legislador, enquanto o segundo está relacionado ao procedimento que deve ser adotado para a aprovação da norma. No concernente aos limites materiais, de conteúdo, eles podem ser positivos (impondo ao legislador a normatização de uma determinada matéria) ou negativos (impedindo a edição de norma sobre determinada matéria). O desrespeito a esses limites pode levar à declaração de ilegitimidade da norma, com sua consequente “expulsão do sistema”⁷⁹.

Na visão juspositivista, a Constituição é a “norma destinada a vincular e reger a produção das restantes normas”⁸⁰, tendo sido absorvido pela doutrina positivista o conceito de superioridade material da Constituição no ordenamento jurídico⁸¹. Com a evolução do constitucionalismo e as novas teorias que lhe acompanharam, a Constituição deixou de ser apenas a reguladora da legitimação formal do poder e dos procedimentos democráticos, e passou a definir o conteúdo a ser regulado pelo Estado, o que fez com que as suas normas materiais fossem projetadas para o restante do ordenamento jurídico⁸².

As normas constitucionais possuem um “efeito de interpretação do direito ordinário”, o qual possibilita a interpretação conforme das normas legais, a fim de

⁷⁶ MICHEL ROSENFELD. “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004. p. 640.

⁷⁷ Conquanto seja cooptado pelos neoconstitucionalistas, Hans Kelsen é reconhecidamente um autor afiliado ao positivismo jurídico (ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, p. 58).

⁷⁸ HANS KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 168-181.

⁷⁹ NORBERTO BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução: Ari Marcelo Solon, 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 63.

⁸⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional...*, p. 380.

⁸¹ ELIVAL DA SILVA RAMOS. *Ativismo judicial...*, cit., pp. 57-58.

⁸² *Ibidem*, p. 84.

que se retire de seu conteúdo aquilo que se opuser à Constituição. Por consequência, as normas legais devem ser consideradas ilegítimas e inválidas quando se opuseram às determinações constitucionais, inclusive no referente ao conteúdo principiológico⁸³. Ou seja, o ordenamento jurídico é aplicado e interpretado em conformidade com as normas constitucionais.

Em verdade, não haveria como entender de outra forma, vez que a superioridade constitucional no ordenamento jurídico é determinada na própria Constituição.

A Constituição Federal brasileira garante expressamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de normas federais ou estaduais (art. 102, I, a)⁸⁴, prevendo que esta decisão produzirá *eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal* (art. 102, §2º). A Carta Magna ainda garante ao STF julgar arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º)⁸⁵, deixando mais evidente a necessidade de vinculação do ordenamento jurídico às normas constitucionais, em especial àquelas consideradas fundamentais⁸⁶. Outras constituições possuem disposições semelhantes.

A Constituição da República Portuguesa dispõe claramente que os tribunais não podem aplicar normas que se oponham às disposições e aos princípios constitucionais (artigo 204). A CRP igualmente atribui ao Tribunal Constitucional a competência para apreciar a inconstitucionalidade (artigo 223), reiterando que são inconstitucionais as normas que forem contrárias às disposições e aos princípios constitucionais (artigo 277). As decisões de inconstitucionalidade do Tribunal

⁸³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 149.

⁸⁴ A Constituição Federal também garante aos Tribunais de Justiça Estaduais a declaração de inconstitucionalidade de normas incompatíveis com as constituições estaduais (art. 125, §2º).

⁸⁵ Regulamentada pela Lei n. 9.882/99, a arguição tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público (art. 1º), possibilitando inclusive a invalidação de ato normativo anterior à Constituição (o que não é permitido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, conforme decidido pelo STF na ADI n. 2, Relator: Min. Paulo Brassard, julgamento em 06/02/1992, publicação: DJ de 21/11/1997).

⁸⁶ Preceito fundamental é a “norma (princípio ou regra) da Constituição imprescindível para preservar a identidade ou o regime adotado”, sendo exemplos os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas, as normas que garantem autonomia aos entes federativos e os princípios constitucionais sensíveis (MARCELO NOVELINO. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213).

Constitucional podem impedir a promulgação de decreto ou ratificação de tratado internacional (artigo 279) e retirar do ordenamento, com força obrigatória geral, a norma declarada inválida (artigo 282).

A Constituição da Espanha define que compete ao Tribunal Constitucional avaliar a constitucionalidade de leis ou de normas com forças de lei (artigo 161), possuindo efeito frente a todos a decisão que declara a inconstitucionalidade (artigo 164). A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha define que compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir acerca da inconstitucionalidade das normas contrárias à Lei Fundamental (artigos 93 e 100).

A Constituição dos Estados Unidos da América também determina expressamente em seu artigo VI que as leis do país deverão ser editadas de acordo com as normas constitucionais, tendo sido um controle de constitucionalidade que permita a invalidação de leis inconstitucionais estabelecido pela própria Suprema Corte no histórico caso *Marbury v. Madison*⁸⁷.

Sendo o controle da validade constitucional das normas legais a própria razão de existência da jurisdição constitucional, a simples criação de tribunais com competência para declarar a inconstitucionalidade de normas deixa claro que a Constituição é a norma superior no ordenamento jurídico, à qual todas as demais normas e condutas estatais devem se submeter⁸⁸.

Dessa forma, observa-se que a constitucionalização do ordenamento jurídico, representada pela impregnação das normas legais com os princípios e regras constitucionais, que passam a servir de referência para a aplicação de todo o Direito, é algo inerente à superioridade hierárquica que a própria Constituição se garante, o que é aceito pela doutrina em geral. Assim, não há como vincular essa característica como inovação do neoconstitucionalismo, ou como exclusivamente associada à corrente.

⁸⁷ Barry Friedman observa, porém, que existe um certo consenso acadêmico no sentido de que a *judicial review* já estava estabelecida, ainda que timidamente, no sistema jurídico norte-americano, em especial nos tribunais estaduais ("The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy", in *New York University Law Review*, vol. 73, 1998. p. 376).

⁸⁸ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. "O paradoxo da justiça constitucional", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 51, n. 1-2. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p. 20.

I.4 A destruição do equilíbrio entre os Poderes e o impulsionamento da juristocracia

Outra característica bastante associada ao neoconstitucionalismo é a mudança nas concepções até então vigentes acerca do princípio da separação de poderes, sendo o movimento acusado de desrespeitar o equilíbrio entre os Poderes em favor do Judiciário, com consequente limitação severa da atividade legislativa⁸⁹.

Para Daniel Sarmento, que se afilia parcialmente ao neoconstitucionalismo⁹⁰, uma das principais características do movimento é a diminuição da relevância da separação de poderes em troca de “teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam sua fiscalização por juízes não eleitos”. Isto seria, em parte, oriundo da própria Constituição, que “regulou uma grande quantidade de assuntos [...] subtraindo um vasto número de questões do alcance do legislador”. O autor chega a afirmar que o neoconstitucionalismo trata o papel desempenhado pelo Poder Legislativo com certa desconsideração, pois o responsável pelo cumprimento das promessas constitucionais seria o juiz⁹¹.

Apesar disso, Sarmento reconhece que um excesso de atuação judicial na esfera política pode ser prejudicial, haja vista as naturais limitações da função judicial, como sobrecarga de trabalho e conhecimento técnico limitado. Assim, o autor entende que o ativismo judicial é justificado em áreas como “a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia”, nas quais ele acredita que o juiz possui “capacidade institucional privilegiada para atuar”. Em outras áreas, como Economia, políticas públicas e regulação, Daniel Sarmento afirma que “pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias [...], seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário”⁹².

Seguindo caminho semelhante, e em interessante observação sobre o movimento, Manoel Messias Peixinho afirma que, como consequência do caráter invasor da Constituição no ordenamento e da necessidade de garantir os direitos

⁸⁹ HUMBERTO ÁVILA. “Neoconstitucionalismo’ - entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘direito da ciência’”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. p. 2.

⁹⁰ DANIEL SARMENTO, “O neoconstitucionalismo no Brasil...”, cit., p. 112.

⁹¹ Ibidem, cit., pp. 81-87.

⁹² Ibidem, pp. 101-102.

fundamentais, “de um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política”, vez que o juiz possui um papel relevante na concretização dos direitos fundamentais e na aplicação da nova hermenêutica que surge desse novo constitucionalismo. O autor observa, porém, que isso não é uma negação do “papel indispensável que exerce o Poder Legislativo nas democracias contemporâneas”⁹³.

Luis Prieto Sanchís, igualmente, observa que o carácter onipresente da Constituição resulta em uma “onipotência judicial”, vez que, ainda que a Constituição permita soluções diversas, como ela “oferece orientações nas esferas mais heterogêneas e na medida em que essas esferas estão confiadas à garantia judicial, o legislador perde logicamente autonomia”, porquanto as soluções que encontrar nunca serão “completamente isentas da avaliação judicial à luz da Constituição”⁹⁴. Todavia, o doutrinador espanhol observa que “quase poderia dizer que não há norma substantiva da Constituição que não tenha contra si outras normas capazes de eventualmente fornecer razões para uma solução contrária”. Isto adviria do fato de a Constituição não ser o resultado das decisões categóricas de uma ideologia, mas sim um documento pluralista que possibilita a existência de diversas soluções corretas. Não haveria, na visão do autor, uma vontade constituinte geral⁹⁵.

Por conseguinte, Prieto Sanchís ressalta que a norma diretiva não é “fechada e concludente” em relação às escolhas políticas, não possuindo o carácter limitador à atividade legislativa que os críticos do neoconstitucionalismo acusam, embora observe que não há como conceber um mundo político separado da influência constitucional, pois, atualmente, “não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado”. Deste modo, os conflitos constantes entre Constituição e democracia são resolvidos de forma argumentativa, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário, que são forçados a racionalizar as questões a fim de que cheguem a um ponto ideal de solução para os problemas⁹⁶.

⁹³ MANOEL MESSIAS PEIXINHO. “O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais”, in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 4, jul./dez. Vitória: RDGF, 2008. p. 33.

⁹⁴ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit., pp. 132-133.

⁹⁵ Idem, “El constitucionalismo de los derechos”, cit., pp. 218-219.

⁹⁶ ibidem, pp. 219-221.

Também seguindo uma posição moderada, Luís Roberto Barroso entende que cabe ao Poder Judiciário resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, devendo atuar ativamente em caso de omissão dos demais Poderes. No exercício desta função, o Judiciário pode invalidar atos legislativos contrários à Constituição, declarar a inconstitucionalidade por omissão e determinar a interpretação de normas legais conforme a Constituição. Entretanto, jamais poderia substituir os atos legislativos por atos de vontade própria, pois assim estaria descaracterizando a sua função por meio do exercício de preferências políticas⁹⁷.

Não obstante, Barroso defende que, mesmo que o Judiciário não se imiscua na função de legislar, essa atuação mais ativa do Poder somente é justificada em casos de possíveis ofensas aos direitos fundamentais e aos procedimentos democráticos; nas demais situações, o Judiciário deve ser deferente às escolhas dos Poderes políticos, em razão da legitimidade democrática do Legislativo e a capacidade institucional naturalmente limitada do Judiciário de “prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais”⁹⁸.

Quanto ao ativismo judicial, o autor expõe que o fenômeno é decorrente da “escassez de boa política”, observando que “enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas ordinárias”⁹⁹. É válido notar que esta causa “autorizadora” do ativismo judicial é a mesma mencionada pelos autores latino-americanos como causadora do surgimento do novo constitucionalismo na região. Considerando que o neoconstitucionalismo é normalmente atrelado a um exacerbado ativismo judicial¹⁰⁰, a semelhança de causas de um ou outro fenômeno nos diferentes sistemas jurídicos é digna de nota.

Válido notar que, ainda que Luís Roberto Barroso reconheça a correlação entre o neoconstitucionalismo e a ascensão do Judiciário e defenda que o

⁹⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., pp. 213-233.

⁹⁸ Ibidem, pp. 251-252.

⁹⁹ Ibidem, p. 42.

¹⁰⁰ LENIO LUIZ STRECK, “Contra o neoconstitucionalismo”, cit., p. 15.

formalismo jurídico deve ser superado¹⁰¹, também ressalta que a criação judicial do Direito deve estar limitada pelas normas jurídicas e pelos valores comunitários, não podendo ser um processo livre e arbitrário ¹⁰².

Já Miguel Carbonell adota uma posição mais leniente à expansão dos poderes judiciais. Na visão do autor mexicano, o neoconstitucionalismo acaba gerando uma “explosão da atividade judicial e comporta ou requer certo grau de ativismo judicial”, em especial porque os juízes devem extrair dos valores constitucionais as normas jurídicas que darão solução para os casos concretos. Para o autor, uma das principais consequências para a atividade constitucional desse novo modelo constitucional é a obrigação de que a justiça constitucional não se autocontenha diante de questões que eram vistas como exclusivamente afeitas à esfera política, uma vez que todas as áreas de atuação do Estado podem ser enquadradas constitucionalmente¹⁰³.

José Antonio Martín Pallín, magistrado emérito do Supremo Tribunal de Espanha, também defende que os juízes podem exercer um “elasticismo judicial”, pois “algumas vezes é difícil manter a distinção entre o político e o judicial”. O jurista espanhol aceita que, ao proferir uma decisão, os juízes estão fazendo política, mas uma “política judicial”, o que, em seu entendimento, seria natural porque o Judiciário seria um Poder político do Estado. Essas ações políticas, porém, não podem ser guiadas por “opiniões ideológicas, sociológicas ou psicológicas”, mas sim pelos fatos afeitos ao caso¹⁰⁴.

No mesmo sentido, Walber de Moura Agra entende que a separação de poderes, que havia sido formulada para limitar governos absolutistas, “mostra-se como um estorvo para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente, os de natureza prestacional”. Dessa forma, o ativismo judicial é aceito para garantir a concretização dos direitos fundamentais. Não obstante, reconhecendo que a delimitação dos valores presentes nas normas constitucionais é bastante abrangente, Walber Agra entende que existe espaço para que os legisladores

¹⁰¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., pp. 29-35.

¹⁰² Ibidem, p. 257.

¹⁰³ MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo...”, cit., pp. 155-162.

¹⁰⁴ JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN. “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho”, in CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 62.

ordinários determinem, “em cada caso concreto, a definição do valor, dentro de uma margem apreciável de discricionariedade”¹⁰⁵.

Jorge Silva Sampaio, em sentido oposto, ressalta que não se afilia aos posicionamentos que entendem que a liberdade do legislador deixou de existir, defendendo que “aquilo que se deu foi uma redução da margem de liberdade conformadora do legislador, que será maior ou menor consoante a densidade de cada norma constitucional em causa”, no que se aproxima ao entendimento dos primeiros autores mencionados. Essa redução da discricionariedade legislativa é resultado da impregnação de todo o ordenamento jurídico pelos preceitos constitucionais, fenômeno que “dirige impulsos e diretivas de atuação a todo o poder político, nomeadamente à Administração, ao legislador e ao poder judicial”. Essa irradiação seria consequência do próprio texto constitucional, “que, ao oferecer um denso conteúdo material composto de valores, princípios, direitos fundamentais, e diretrizes aos poderes públicos, faz dela um texto quase onipresente em toda a operação de criação e aplicação do Direito”¹⁰⁶.

O autor português entende que, em razão de sua estrutura particular, “os princípios constitucionais [...] permitem expandir imensamente o seu âmbito de influência”, o que expande o espaço de atuação dos órgãos judiciais. Não haveria que se falar, porém, em uma discricionariedade judicial semelhante à legislativa até então existente. Como o juiz não possui legitimidade democrática, suas decisões dependem do desenvolvimento de amplos argumentos racionais para serem seguidas¹⁰⁷.

No entanto, assim como Luís Roberto Barroso e Luis Prieto Sanchís, Jorge Silva Sampaio entende que a expansão do Poder judicial é inevitável, tendo em vista que uma constituição principalista naturalmente permite ao julgador ampla margem de manobra na formulação dos fundamentos decisórios. Conquanto defenda que “a aplicação judicial do Direito [...] deva sempre ter em mente a separação de poderes e o princípio democrático”, o autor reconhece que o poder do

¹⁰⁵ WALBER DE MOURA AGRA, “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, cit., pp. 436-441.

¹⁰⁶ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?”..., cit., pp. 46-47.

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 45-48.

juiz é potencialmente ilimitado, uma vez que “não há esfera em que a preceptiva constitucional não tenha algo que dizer”¹⁰⁸.

Limitando um pouco mais o protagonismo judicial e a capacidade dos juízes de tomarem certos tipos de decisão, Jorge Ferraz de Oliveira Júnior entende que o Poder Judiciário não é superior aos Poderes eleitos, e observa que a história mostra que muitas vezes as decisões judiciais dependem da atuação do ramo político para serem efetivadas, mencionando o caso da integração racial das escolas norte-americanas. Contudo, o autor reconhece que “o exercício de certa dose de criatividade é ínsito à atividade interpretativa e que uma atuação arrojada e firme do Poder Judiciário no caso de séria afronta a direitos fundamentais não é somente recomendada, como estritamente necessária”¹⁰⁹.

Embora afirme que a Constituição limitou o espaço de atuação política, pois no documento supremo estão inseridas escolhas que não podem ser desfeitas pelos Poderes eleitos (como seria o caso das cláusulas pétreas, que incluem os direitos fundamentais), Ana Paula de Barcellos ressalta que isso não significa dizer que a esfera política tenha sido totalmente esvaziada. A autora entende que, em uma democracia, não pode ser adotada uma versão radical do substancialismo, em que se transfeririam as decisões políticas dos representantes eleitos do povo para os juristas. Logo, os Poderes políticos ainda possuem a capacidade de tomar suas decisões de acordo com seus ideais e objetivos, mas estas decisões não estão isentas do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, o que gera uma inevitável limitação à atividade legislativa com o intuito de garantir o respeito às normas constitucionais¹¹⁰.

Este controle judicial possui intensidades diferentes de acordo com Barcellos, dependendo do quanto a Constituição vincula a atuação legislativa. Nos casos, por exemplo, em que as normas constitucionais determinam que certo percentual de receitas tem que ser aplicado em determinada atividade, o controle judicial pode ser bastante amplo, tendo em vista que a Carta Magna limitou qualquer tipo de escolha legislativa nesse ponto¹¹¹.

¹⁰⁸ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?” ..., cit., pp. 47-51.

¹⁰⁹ JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR. *Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da constituição* [dissertação]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2014. pp. 91-95.

¹¹⁰ ANA PAULA DE BARCELLOS, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais...”, cit., pp. 13-14.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 17-19.

Ao Judiciário, também, caberia controlar a satisfação dos resultados esperados da atividade do Estado pelas normas constitucionais, como por exemplo a educação universal, acesso de todos à saúde, etc. Nesse aspecto, a autora defende que o controle jurídico da atuação do Estado pode, por exemplo, restringir o investimento em objetivos secundários enquanto os objetivos primários ainda não tiverem sido alcançados e impedir a adoção de políticas manifestamente ineficientes, quando houver consenso técnico-científico¹¹².

Barcellos arquiteta uma gradação nas medidas a serem adotadas pelo Judiciário no controle dos atos estatais. O primeiro nível seria a punição do responsável pela infração da disposição constitucional; o segundo, a proibição da adoção de determinada conduta; o terceiro seria a imposição ativa de um determinado modo de agir ao poder público – isto é, o Judiciário poderia imiscuir-se na função de administrador/legislador e traçar diretrizes de cumprimento das normas constitucionais.

Reconhecendo que a última opção atinge diretamente o princípio da separação de poderes, mas observando que as duas primeiras não teriam a mesma eficácia na garantia de cumprimento da Constituição, a autora afirma que a escolha de qual desses níveis deve ser adotado deve levar em consideração dois elementos: a necessidade de garantia da determinação constitucional e a harmonia entre os Poderes, devendo-se chegar à solução que garanta o melhor equilíbrio entre ambos¹¹³.

Uma conclusão fica clara apenas na leitura desses autores neoconstitucionalistas: a diversidade de seus posicionamentos. Embora todos os doutrinadores se auto-intitulem neoconstitucionalistas, as suas posições acerca da separação de poderes – alicerce básico da democracia e, portanto, um dos temas mais importantes de qualquer teoria constitucional – são bastante divergentes. Mesmo entre os autores moderados, que garantem maior espaço de atuação ao legislativo (como Barroso, Prieto Sanchís e Sampaio), o nível de controle que poderia ser exercido pelo Judiciário sobre os atos legislativos varia. Esta variação vai aumentando à medida em que se analisa outros autores.

¹¹² ANA PAULA DE BARCELLOS, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais...”, cit., pp. 20-24.

¹¹³ Ibidem, p. 28.

Daniel Sarmento, um neoconstitucionalista moderado, vê o ativismo judicial como uma inevitabilidade em questões de direitos fundamentais, mas defende autocontenção em temas que não sejam da especialidade do Judiciário. Ana Paula de Barcellos, por sua vez, afirma que todas as decisões políticas podem ser revistas pelo Judiciário, havendo até casos em que o Poder estaria autorizado a criar normas jurídicas e a modificar a destinação de recursos públicos, o que contradiz o defendido por Barroso. Barcellos também menciona que há consenso mínimo que pode ser extraído da Constituição, o que se opõe a Prieto Sanchís, que entende existir uma pluralidade de valores que devem coexistir.

Por conseguinte, já entre os autores afiliados ao movimento existe nível amplo de divergência, o que dificulta a extração de uma posição neoconstitucionalista acerca da separação de poderes.

Não obstante, a doutrina não afiliada ao neoconstitucionalismo, inclusive os positivistas, aceitam pacificamente que a separação de poderes do constitucionalismo clássico não é mais vigente, havendo maior espaço de atuação do Judiciário no controle dos atos dos demais Poderes.

Em razão da democratização do poder – representada pelo aumento do eleitorado e o enfraquecimento da monarquia – e da maior intervenção do Estado na economia e nas relações sociais, houve uma severa mudança no instituto da separação de poderes. Esta mudança se iniciou ainda no final do século XIX, mas se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, em um processo de “dessacralização” da separação de poderes. Foi abandonada a ideia de divisão científica e restritiva das competências entre os Poderes, que passaram a ser distribuídas seguindo critérios de conveniência¹¹⁴, com o objetivo de atender às complexidades do Estado atual¹¹⁵.

O novo modelo adotado aproxima-se mais do sistema americano de freios e contrapesos, no qual os Poderes controlam as suas atividades respectivamente, mas sem haver uma distinção absoluta entre as atividades de cada um, como é exemplificado pelas atribuições judiciais que devem ser exercidas pelo Legislativo

¹¹⁴ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estudo da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 279-281.

¹¹⁵ CELSO RIBEIRO BASTOS. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 490.

ou o poder legiferante concedido ao Executivo¹¹⁶. Neste processo, o Judiciário deixou de ser visto como um mero aplicador passivo das leis e passou a ser visto como um controlador da legitimidade dos atos dos Poderes políticos¹¹⁷.

Essa mudança de parâmetros é global, e parece ter se acentuado nas últimas décadas, tendo ocorrido uma grande transferência de poder para o Judiciário, especialmente em sistemas que possuem constituições novas¹¹⁸. As novas constituições, porém, são apenas um dos fatores que motivaram essa alteração na distribuição de competência entre os Poderes de Estado.

O avanço da democracia, ou ao menos da vontade popular pela instauração dos princípios democráticos, também é um fator impulsionador da expansão do Judiciário, vez que a luta para a proteção dos interesses de certos grupos não ocorre apenas junto aos parlamentos, mas também junto às cortes, com a propositura de ações que visem a garantia dos interesses desses grupos¹¹⁹. Esse fator está intimamente ligado à constitucionalização de direitos: não garantidos pelos Poderes políticos, esses direitos serão exigidos judicialmente¹²⁰.

A descentralização do poder também foi acentuada nas últimas décadas, tendo o Legislativo perdido a supremacia que havia tomado do Executivo¹²¹, o que deixou o ramo político naturalmente mais esvaziado e o Judiciário com competências mais amplas, algo característico de boa parte dos sistemas jurídicos atuais¹²².

Outro fator vinculado à necessidade de expansão do Judiciário é o aumento da capacidade regulatória do Poder Executivo, principalmente por meio de agências reguladoras com algum grau de autonomia. Este processo aumentou sensivelmente a intervenção do Executivo na arena normativa; como contraponto, deve existir um Judiciário que fiscalize e controle a atuação desses órgãos administrativos¹²³. O

¹¹⁶ LEONARDO DAVID QUINTILIANO. *Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro* [tese]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. pp. 211-213

¹¹⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., p. 318.

¹¹⁸ MAURO CAPPELLETTI. *Juízes Legisladores?*, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 112.

¹¹⁹ CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, "Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal", cit., pp. 621-622.

¹²⁰ RAN HIRSCHL, "The Political Origins of the New Constitutionalism", cit., p. 77.

¹²¹ HANS KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 401.

¹²² DAVID M. BEATTY. *A essência do Estado de direito*, tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. pp. 2-3.

¹²³ RAN HIRSCHL, "The Political Origins of the New Constitutionalism", cit., p. 80.

mesmo se observa quanto aos órgãos supranacionais que possuem grande influência no cotidiano das populações locais¹²⁴, sendo a União Europeia talvez o melhor exemplo disto.

Por conseguinte, é um fato que o Judiciário possui, atualmente, poderes mais amplos do que possuía antes, o que gerou uma mudança no equilíbrio entre os Poderes, mas não o seu abandono em favor de um Judiciário com poderes supremos e absolutos. A esfera política ainda exerce um papel fundamental na vida em sociedade, enquanto o povo, máximo detentor do poder, permanece como árbitro máximo e fiscal superior das ações do Estado, inclusive do Judiciário, apenas respeitando as suas ações enquanto lhe forem aceitáveis¹²⁵.

A doutrina não-neoconstitucionalista, então, aceita com tranquilidade o maior papel que o Judiciário possui na vida política do Estado, sendo pacificamente observada uma modificação da teoria clássica da separação de poderes¹²⁶. Também é aceita a competência judicial de revogação dos atos executivos ou legislativos que estejam em oposição ao definido na Constituição, o que não é nada além do exercício do poder de controle de constitucionalidade¹²⁷. Neste ponto, valem as observações apresentadas no tópico anterior acerca do papel da Constituição na definição dessa função judicial: estando as competências para fiscalizar e revogar atos dos Poderes políticos expressamente previstas nas cartas constitucionais, não há o que se discutir acerca de sua aceitação, cabendo à doutrina jurídica elaborar os meios pelos quais isto será executado, nos limites permitidos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, os neoconstitucionalistas¹²⁸, como visto, insistem, em oposição ao princípio da separação de poderes, que a supremacia judicial garante maior

¹²⁴ RAN HIRSCHL, "The Political Origins of the New Constitutionalism", cit., pp. 105-106.

¹²⁵ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL. "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", in *Faculty Scholarship Series*, n. 182. New Haven: Yale Law School, 2003. pp. 28/29.

¹²⁶ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, cit., pp. 490-491.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 79-80.

¹²⁸ Deve ser notado que esta visão não é adotada apenas pelos autores afiliados ao neoconstitucionalismo. Ingo Sarlet entende que o ativismo judicial é aceito para a garantia do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais (*A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pp. 319-322) e que a corte constitucional máxima é a responsável em definir "o conteúdo e sentido 'correto' dos direitos fundamentais" (*ibidem*, p. 275). Humberto Ávila, por sua vez, afirma que a justificabilidade das decisões tomadas pelos demais Poderes somente pode ser confirmada após o controle de seus atos pelo Poder Judiciário, não havendo como ser adotada "uma posição rígida e prévia" acerca da correção dos atos dos poderes políticos sem sua fiscalização judicial (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 219). Ambos os posicionamentos, adotados por autores críticos ao neoconstitucionalismo, claramente

liberdade individual e uma instauração plena do regime democrático. Sendo um Poder que atua juridicamente, e não politicamente, o Judiciário garantiria o respeito aos direitos fundamentais e às instituições democráticas previstos na Constituição, o que teria como consequência a maior satisfação da liberdade individual e uma consolidação dos ideais democráticos.

Esses posicionamentos representam uma visão limitada das relações de poder no Estado, e ignoram elementos essenciais do exercício dos direitos fundamentais e da expansão dos poderes judiciais.

No primeiro ponto, posicionamentos que defendem uma atuação amplificada do Judiciário nas questões afeitas a direitos fundamentais tomam o conteúdo e a estrutura necessária para o exercício destes como algo pronto, já previamente definido e pendente apenas de execução pelo Estado. A realidade, porém, está longe de ser assim.

Quando se trata de direitos fundamentais, sabe-se que a Constituição define muito pouco acerca de seu real conteúdo, normalmente apenas enunciando os direitos pertencentes aos indivíduos que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Isto se torna ainda mais evidente quando se trata dos direitos de liberdade, que são usualmente apresentados em um rol com poucas diretrizes de como devem ser assegurados.

Pode-se tomar como exemplo o direito de reunião, previsto no art. 5º, XVI, da Constituição brasileira. O dispositivo define que *todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*.

O texto, por si só, levanta uma série de questionamentos: o que é uma reunião pacífica? em que locais abertos ao público o direito pode ser exercido (apenas locais de propriedade pública ou também os particulares, como centros de compra)? o dispositivo dispensa a autorização de quem, do Estado ou do particular proprietário do local, caso se aceite a possibilidade de o direito ser exercido em áreas privadas (neste caso, permitindo a utilização compulsória de áreas de propriedade particular)? como se dá o controle da agenda do local em caso de diversos

esvaziam o papel da esfera política na construção da democracia e no avanço dos direitos fundamentais.

interessados: pode ser limitada a duração das reuniões, com o objetivo de proporcionar a utilização do espaço por um maior número de interessados? com que antecedência a autoridade competente deve ser avisada?

Isto pode ser feito em relação a qualquer direito. Quais são as condições legais para o exercício do direito de propriedade? Quem são as pessoas que fazem parte da linha hereditária? Qual é o procedimento para que se obtenha acesso a informações públicas junto aos órgãos do Estado? E assim sucessivamente, *ad infinitum*.

Duas questões ficam claras com este breve exercício: (i) o conteúdo, os limites e as formas de exercício dos direitos fundamentais não são dados *prima facie* pela Constituição, o que demonstra a (ii) necessidade de atuação dos Poderes políticos para a definição dessas questões, a fim de que seja possibilitado o exercício dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, não há como ser defendido que o Judiciário possui condições de, isoladamente, definir todos os elementos necessários para o exercício dos direitos fundamentais. Este posicionamento ignora toda a produção legislativa e regulamentar já existente acerca de diversos desses direitos, a natureza das funções de cada Poder e a forma como o exercício cotidiano dos direitos fundamentais ocorre.

O exercício dos direitos fundamentais não se dá apenas em momentos importantes e bem delimitados da vida; pelo contrário, fazem parte do cotidiano de qualquer indivíduo, e muitas das vezes sequer é percebido que se está agindo sob a proteção de um direito fundamental.

Quando se comparece a um cartório de registros públicos para registrar a aquisição de um imóvel, está sendo exercido um direito fundamental, embora isto normalmente seja visto como uma mera atividade burocrática, um inconveniente natural da vida. Todo o procedimento seguirá as determinações previstas em lei ou em regulamentos editados pelo órgão administrativo, não havendo, em nenhum momento desta atividade, a intervenção de um órgão judicial no exercício da atividade fim. Além disso, toda a estrutura administrativa existente, que envolve o número de funcionários, os equipamentos de trabalho e até mesmo o modelo do registro, são o resultado de decisões políticas e administrativas, e não judiciais.

Logo, não foi o Judiciário, por meio da atividade judicante¹²⁹, que definiu que o cartório seria instalado naquele endereço; ou que possuiria um determinado número de funcionários; ou que o documento conteria uma certa quantidade de informações; ou que o indivíduo teria que esperar um determinado prazo para obtê-lo. Todas essas questões possuem relação direta com o exercício do direito fundamental à propriedade, mas nenhuma delas passou pelo crivo do Judiciário, e nem haveria como isto acontecer.

O Poder Judiciário não tem capacidade técnica para definir essas questões administrativas, ou sequer possui preocupação em fazê-lo. Ainda que fosse procurado por um indivíduo que entendesse que seu direito fundamental à propriedade não estava sendo assegurado pelo Estado, o máximo que um tribunal faria seria condenar o Poder Executivo a prestar o serviço ao cidadão, mas sem especificar todos os detalhes que levariam à concretização da decisão. As ordens judiciais são mais abstratas do que os regulamentos administrativos, normalmente determinando o que deve ser feito (no exemplo, registrar a aquisição de um imóvel) mas sem pormenorizar todos os procedimentos burocráticos que devem ser seguidos para alcançar este objetivo.

Toda esta burocracia estatal, porém, é relevante para o exercício do direito à propriedade, e para todos os demais direitos fundamentais. Mais do que relevante, ela é essencial: de nada adianta haver a enunciação de um direito se o Estado não constitui a estrutura administrativa necessária para concretizá-lo. Ademais, a própria ideia que se tem do conteúdo de um determinado direito fundamental ou das condições de seu exercício possui grande relação com a legislação que regulamentou tal direito. Quanto a isto, é interessante observar a distinção entre direitos fundamentais materiais e procedimentais.

Os direitos fundamentais atualmente também são vistos “através das formas da sua efetivação, através do procedimento”, razão pela qual o próprio procedimento para o exercício de um direito fundamental se transforma em um direito por si mesmo¹³⁰. São os casos, por exemplo, do direito de sufrágio (que

¹²⁹ No Brasil, os serviços notariais e de registro são fiscalizados pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 236, §1º, da Constituição Federal e da Lei n. 8.935/94. Esta fiscalização, porém, é administrativa, sendo um exemplo de concessão de atividades executivas ao Judiciário, típica do novo modelo da separação de poderes.

¹³⁰ JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 128.

depende da organização do sistema eleitoral para ser exercido), do direito de acesso à justiça (que depende da regulamentação do procedimento) ou das garantias do acusado no processo penal (que depende da regulamentação deste processo).

Em razão desta característica, os direitos fundamentais podem ser classificados entre materiais e procedimentais, sendo aqueles concernentes às situações da vida protegidas pela Constituição, e estes referentes aos “procedimentos relativos a funções ou a órgãos de poder público”¹³¹. Esta divisão apresenta consequência prática para a exequibilidade do direito: nos casos em que o exercício do direito dependa de um procedimento ou de uma organização do Estado, entende-se que a atuação legislativa é necessária para que os direitos possam mesmo serem exequíveis, como é o caso dos direitos fundamentais acima exemplificados. Isto é, o direito continua possuindo a característica de aplicabilidade imediata, mas a sua exequibilidade fica limitada em razão da ausência de regulamentação¹³².

A diferença pode ser resumida na seguinte frase: “o legislador ordinário *regulamenta* simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e *concretiza* as normas não exequíveis”¹³³. Ou seja, a atuação do legislador é imprescindível para o exercício de diversos direitos fundamentais.

Continuando no exemplo do direito de propriedade, se é entendido que o exercício do direito de propriedade depende do registro público, e que após este registro o proprietário pode se opor a qualquer ocupação de seu imóvel, isto se dá porque a questão está definida na legislação infraconstitucional, e não na Constituição. Se o Judiciário, ao definir que um imóvel deve ser registrado em nome de um indivíduo, não precisa se preocupar em definir o procedimento burocrático, isto ocorre porque já existe uma legislação prévia que regulamenta este processo.

Portanto, são inevitavelmente limitados os posicionamentos que concedem exclusivamente ao Judiciário a definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Além de isto ser concretamente ineficaz, face a complexa estrutura administrativa que deve existir previamente para o cumprimento de qualquer decisão, ignora que as concepções acerca dos direitos são oriundas, em boa parte, da legislação

¹³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV...*, cit., p. 129.

¹³² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, cit., p. 197.

¹³³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV...*, cit., p. 321.

infraconstitucional, e que as decisões judiciais jamais conseguiriam elaborar os complexos procedimentos burocráticos necessários para a operacionalização dos direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe, em geral, proferir enunciados amplos, sendo função dos demais Poderes elaborar os mecanismos para concretizar essas ordens.

Isto leva a outra observação: independentemente de sua previsão constitucional ou de seu reconhecimento judicial, a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão intrinsecamente conectados à vontade política.

Konrad Hesse já observava que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais”¹³⁴.

Não havendo condições econômicas e sociais receptivas aos direitos fundamentais, ou vontade política para avalizar a sua importância e, se for o caso, convalidar a legitimidade de decisões judiciais protetivas desses direitos, eles não passarão de letra morta da Constituição. Logo, ignorar a importância do apoio popular e político para as decisões judiciais é um grande equívoco, vez que o Judiciário não é um órgão externo à realidade social, estando, sempre, sujeito a controle político. Aborda-se essa questão no tópico II.4, ao qual se faz referência.

Outra questão que os posicionamentos que conferem amplos poderes ao Judiciário na definição dos direitos fundamentais ignoram é que, ao contrário do que possa parecer na superfície, esta conduta não está limitando o poder estatal.

No ímpeto de garantir maior concretude aos direitos fundamentais, sem se preocupar com o meio pelo qual isto seja feito, a doutrina juriscêntrica ignora que o Poder Judiciário também é um Poder de Estado. Ou seja, toda competência que se dá ao Judiciário, é uma atribuição que está sendo reconhecida para o ente estatal¹³⁵. Assim, um Judiciário ativista apenas redefine as esferas de atuação de cada Poder,

¹³⁴ KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, cit., pp. 4-5.

¹³⁵ RICHARD A. POSNER. “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, in *Indiana Law Journal*, vol. 59. Bloomington: Indiana University Maurer School of Law, 1983. p. 14.

redistribuindo o poder dentro do próprio Estado, mas sem devolvê-lo ao indivíduo, podendo até mesmo ampliar o poder do ente público, em consequente limitação da liberdade individual.

A afirmação pode parecer óbvia, mas da forma como a doutrina se posiciona, percebe-se que não é tanto. O Judiciário é muitas vezes visto quase que como um ente dissociado do Estado, que tem como própria razão de existir a proteção da liberdade individual e a garantia do máximo respeito possível aos indivíduos. Mas a verdade não é esta.

Como Poder, o Judiciário também age sob a égide da superioridade do Estado. Conquanto a ele tenham sido atribuídas, na nova configuração estatal denominada Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos fundamentais, ainda assim o Judiciário atua como instrumento do controle estatal sobre o indivíduo, o que resulta em uma consequência simples: todo poder conferido ao Judiciário, é um poder conferido ao Estado.

Quando se diz que cabe ao Judiciário definir os direitos fundamentais, não se está, de fato, dando maior liberdade ao indivíduo, pois a sua vida continua sendo definida por um órgão do Estado. Não é mais propenso à liberdade conferir ao Judiciário essa atribuição, sendo nada mais do que uma redistribuição de competências dentro do próprio ente estatal superior e um reconhecimento de que não cabe ao indivíduo definir aquela esfera de sua vida.

Ao se conferir esta atribuição exclusivamente ao Judiciário, ou ao serem atribuídas ao Poder competências de forma mais ampla que as até então conferidas à esfera política, tem-se uma real limitação à liberdade individual, em contrapartida ao que a doutrina juriscêntrica propõe. Isto ocorre porque, em um regime democrático, a população é responsável pela escolha dos componentes dos Poderes Executivo e Legislativo. Em teoria, isto significa que os Poderes representarão os seus interesses, pois os seus ocupantes têm interesse em serem reeleitos. No Judiciário isto evidentemente não ocorre, vez que os cargos de juiz são, em geral, vitalícios, e a atuação dos magistrados não se submete à apreciação popular.

Esse, inclusive, é um dos mecanismos criados a partir da separação de poderes para garantir maior efetividade na proteção dos interesses fundamentais da população pelo Estado: dois Poderes eleitos são responsáveis pela produção da maior parte do conteúdo normativo, devendo nesse processo atender as demandas

populares, havendo outro Poder, com atribuições mais limitadas, destinado a controlar possíveis excessos praticados pelos demais, pelo que é dada vitaliciedade e independência aos seus membros para que possam exercer essa função¹³⁶. Essas garantias funcionais, aliadas à inexistência de controle popular sobre os atos praticado, têm como contraponto a expectativa de que os juízes exerçam suas funções de forma moderada, sem se utilizarem de critérios ideológicos subjetivos, opções partidárias ou posicionamentos corporativos, a fim de que protejam os institutos democráticos¹³⁷.

Todavia, as posições que defendem maior concentração de poderes no Judiciário abalam esse sensível equilíbrio entre os Poderes. Ao conceder ao Poder não eleito e cujas decisões são blindadas de invalidação pela população competência para decidir qualquer questão que almejar, afasta-se do ideal de Estado Democrático, que é construído a partir de um empreendimento coletivo¹³⁸, e aproxima-se de um regime autoritário, que tem suas decisões baseadas em atos de discricionariedade individual¹³⁹.

Como se observa, posições relativas à supremacia judicial, intrinsecamente ligadas ao neoconstitucionalismo, são naturalmente falhas, vez que não se coadunam com as exigências democráticas constitutivas dos direitos fundamentais. Esses entendimentos ferem, em última análise, a liberdade individual, preceito básico a ser defendido em um regime democrático. Ademais, o mero reconhecimento de mudanças na separação de poderes e de expansão dos poderes judiciais não é individualizante de uma doutrina neoconstitucionalista, haja vista essas questões serem oriundas do constitucionalismo contemporâneo e reconhecidas por toda a doutrina.

Novas elaborações sobre a questão serão apresentadas no Capítulo II, mas aqui já fica clara a impropriedade de qualquer entendimento juriscêntrico.

¹³⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 758-759.

¹³⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Segurança jurídica e justiça constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n. 2. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000. p. 629.

¹³⁸ LENIO LUIZ STRECK. “A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial”, in LENIO LUIZ STRECK (org.). *A discricionariedade dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 42.

¹³⁹ DANILO PEREIRA LIMA. “Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder”, in LENIO LUIZ STRECK (org.). *A discricionariedade dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 176.

1.5 A inexistência de influência do neoconstitucionalismo para a força normativa das normas constitucionais e para a proeminência dos direitos fundamentais

Os neoconstitucionalistas apontam como uma das mudanças das novas constituições a força normativa e eficácia direta de suas normas, bem como a posição de destaque dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e nos objetivos do Estado. Vinculando essas mudanças ao neoconstitucionalismo, alguns autores afirmam que a limitação do poder do Estado, preceito básico do constitucionalismo clássico, perde espaço para os direitos fundamentais, que passam a ser “a referência principal e fundamental de todo o Estado de direito”¹⁴⁰.

Notando mudanças na estrutura do Estado, Paolo Comanducci afirma que “o poder estatal, nos ordenamentos democráticos contemporâneos, não é mais visto com temor e suspeita” pelo neoconstitucionalismo, que não teria como prioridade a limitação do poder do Estado, mas sim a garantia dos direitos fundamentais, no que se opõe ao constitucionalismo operante até o século XIX. Para o autor italiano, a ideologia neoconstitucionalista defende uma reconfiguração das atividades legislativas e judiciais, que devem passar a dar maior importância para a concretização dos direitos fundamentais¹⁴¹.

No mesmo sentido, reconhecendo que “a Constituição se converteu em um direito codificado que é modificado de forma difusa e não concreta, que tem em si mesmo o valor de ser a única garantia dos direitos humanos”, José Antonio Martín Pallín (Espanha) entende que “a essência do neoconstitucionalismo consiste e consistirá no futuro – porque não creio que nada, apesar dos desafios do século XXI, dê por enterrado o neoconstitucionalismo – [em] desempenhar a função de garantir os direitos fundamentais”¹⁴². Tal realidade também é sustentada por Jorge Silva Sampaio¹⁴³.

¹⁴⁰ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., p. 8.

¹⁴¹ PAOLO COMANDUCCI. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., pp. 85-86.

¹⁴² JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho”, cit., p. 64.

¹⁴³ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?”..., cit., p. 32.

Para Luís Roberto Barroso, a Constituição possui normatividade plena, o que significa que direitos e obrigações são extraídos diretamente da lei superior, sem necessidade de intervenção legislativa¹⁴⁴. Em sua concepção, os princípios constitucionais seriam “a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”, uma espécie de espelho da “ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, e passariam a ter normatividade, servindo de guia para o intérprete e como instrumentos de unidade e harmonia do sistema jurídico¹⁴⁵. Por conseguinte, as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente e garantidas pelo Judiciário em caso de omissão dos Poderes políticos¹⁴⁶.

Carlos Manuel Villabella Armengol também afirma que a Constituição material possui juridicidade e eficácia vinculante, ressaltando que “a diferente textura dos preceitos constitucionais não diminui a sua força normativa”¹⁴⁷.

Ana Paula de Barcellos aponta como elementos de identificação do neoconstitucionalismo a normatividade e a superioridade da Constituição sobre o ordenamento (as normas constitucionais possuem imperatividade e são superiores ao restante do ordenamento) e a centralidade da Constituição no sistema jurídico, ou seja, a necessidade de adequação e interpretação das normas dos demais ramos do Direito através das determinações constitucionais¹⁴⁸.

Manoel Messias Peixinho afirma que o neoconstitucionalismo é uma oposição ao constitucionalismo clássico e ao juspositivismo, pois se afasta da ideia da necessária intervenção do legislador para a concretização da Constituição e defende a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais pelo juiz, inclusive das chamadas “normas programáticas”¹⁴⁹.

Já Miguel Carbonell, embora defenda a força normativa e a aplicação direta das normas constitucionais, observa que existe algum conteúdo idealista na Constituição que não foi formulado para ser necessariamente aplicado imediatamente. O doutrinador defende que não pode ser ignorado que “os textos constitucionais contêm, em alguma medida, pretensões que no momento da entrada em vigor podem ser consideradas utópicas [...] o caráter normativo da Constituição

¹⁴⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 29.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 122

¹⁴⁶ Ibidem, p. 84.

¹⁴⁷ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., p. 51.

¹⁴⁸ ANA PAULA DE BARCELLOS, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais...”, cit., p. 2.

¹⁴⁹ MANOEL MESSIAS PEIXINHO. “O princípio da separação dos poderes...”, cit., p. 22.

não supõe negar que o poder constituinte tenha querido inserir no texto da norma suprema suas aspirações de país, a forma que a sociedade deveria passar a ter”¹⁵⁰.

Apesar dessas reiteradas afirmações de que a força normativa da Constituição e a proeminência dos direitos fundamentais são características específicas ou ao menos trazidas ao ordenamento pelo neoconstitucionalismo, a verdade não é essa. Há diversas décadas já se entende que as normas constitucionais possuem normatividade e eficácia vinculante, não sendo novo na doutrina jurídica entender que o conteúdo da Constituição é determinante à atividade legislativa¹⁵¹ e que os direitos fundamentais ocupam posição de destaque no ordenamento.

Hans Kelsen, desde 1945 (isto é, antes mesmo da edição das chamadas “constituições neoconstitucionalistas”), entende que a Constituição é uma “norma de caráter obrigatório” que determina, positiva e negativamente, a atuação de todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário e o Legislativo; este, por exemplo, pode ser impedido de editar legislação com certo conteúdo, ou, pelo contrário, pode ser compelido a aprovar normas em um certo sentido¹⁵².

Gomes Canotilho entende que todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade direta e força normativa, inclusive as chamadas “normas-fim” ou “normas-tarefa”¹⁵³. Igualmente, qualifica os direitos fundamentais como “elementos legimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional”¹⁵⁴. Válido notar que este entendimento consta em obra produzida pelo doutrinador em 1993, antes mesmo de se mencionar a existência do neoconstitucionalismo.

De forma idêntica, Jorge Miranda, um dos autores da Constituição portuguesa, afirma que “as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa”¹⁵⁵.

É pacífica a visão de que a Constituição é a norma superior que institui os princípios a serem seguidos pelo Estado, que passa a ter como seu valor máximo a dignidade da pessoa humana e como principal objetivo a proteção e promoção dos

¹⁵⁰ MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo...”, cit., p. 163.

¹⁵¹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., p. 36.

¹⁵² HANS KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 169-183.

¹⁵³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 190-193.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 498.

¹⁵⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV...*, cit., p. 320.

direitos fundamentais¹⁵⁶. Esses direitos possuem força jurídica independente da atuação legislativa, justamente em função da força normativa da Constituição, sendo do documento que se extrai o conteúdo dos direitos fundamentais¹⁵⁷, ainda que a legislação tenha limitado indevidamente o referido direito (hipótese na qual seria inconstitucional) ou caso o legislador tenha deixado de regular determinado direito (situação em que se estaria diante de uma omissão legislativa).

Assim, novamente se observa que uma característica mencionada como neoconstitucionalista não o é, de fato. Em verdade, é um erro dos autores neoconstitucionalistas afirmarem que a superioridade hierárquica é uma superação do modelo positivista de supremacia da lei, vez que esta não é característica fundamental desta corrente doutrinária. O positivismo não foi minorado pela colocação da Constituição no topo do ordenamento jurídico, tendo se adaptado a esta nova realidade, uma vez que a superioridade da lei era uma característica conjuntural da corrente resultante das visões jurídicas da época, e não característica essencial da teoria¹⁵⁸.

Isto é comprovado pelas lições de Norberto Bobbio, autor cujo nome está intrinsecamente ligado ao positivismo jurídico, quanto à estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. O doutrinador italiano expunha que “as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano”, existindo um escalonamento hierárquico entre as normas, que tem em seu topo uma norma fundamental – no caso, a Constituição. Esta norma superior “é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento”, e impõe ao legislador que cumpra as suas disposições¹⁵⁹.

Deste modo, com o simples confronto entre os supostos posicionamentos neoconstitucionalistas inovadores e a doutrina que não se identifica com a corrente – sendo um deles um positivista que escreveu seus trabalhos antes do novo modelo constitucionalismo (Kelsen), e o outro, Bobbio, cuja própria identidade se confunde com o positivismo clássico – observa-se que a força normativa da Constituição e a proeminência dos direitos fundamentais nas atividades estatais não são características trazidas ao Estado contemporâneo pelo neoconstitucionalismo. Pelo

¹⁵⁶ INGO SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 395.

¹⁵⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, cit., p. 194.

¹⁵⁸ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., pp. 57-58.

¹⁵⁹ NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 58-68.

contrário, são elementos existentes antes mesmo das tentativas da elaboração de uma teoria neoconstitucional, oriundos das próprias constituições e que sequer representam a superação de um suposto paradigma positivista, que não existia realmente.

1.6 O frágil modelo de interpretação neoconstitucional

Em razão das mudanças constitucionais ocorridas a partir de meados do século XX, diversos autores neoconstitucionalistas defendem que a interpretação constitucional deve utilizar técnicas distintas daquelas utilizadas para a legislação ordinária, pois a interpretação constitucional demandaria raciocínios jurídicos mais complexos¹⁶⁰. Diante deste quadro, autores neoconstitucionalistas entendem, em sua maioria, que “a constitucionalização do ordenamento releva a insuficiência do modelo de regras para dar conta de um Direito impregnado de princípios”¹⁶¹.

Em razão de um número maior de normas abstratas nas constituições, a sua interpretação também deve ser influenciada por um conteúdo axiológico¹⁶², razão pela qual os neoconstitucionalistas primam pela utilização da ponderação, da argumentação jurídica e da “prioridade axiológica e deontológica”, passando a aceitar uma interpretação ampla de toda a Constituição¹⁶³.

Para Carlos Manuel Villabella Armengol, a ponderação prevalece como princípio interpretativo, vez que obriga o intérprete a equilibrar os princípios em colisão e encontrar um ponto de otimização entre eles, representando “um modelo argumentativo no qual não há apenas a subsunção entre os fatos e a interpretação, mas também uma completude, racionalização e justificação por parte do intérprete”¹⁶⁴. Daniel Sarmento¹⁶⁵ e Luís Prieto Sanchís¹⁶⁶ também entendem que a ponderação é a técnica representativa da interpretação neoconstitucional.

Rafael Enrique Aguilera Portales, embora siga este posicionamento, alerta que a norma jurídica não perde completamente sua utilidade, vez que ela continua

¹⁶⁰ MIGUEL CARBONELL, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, cit., pp. 154-155.

¹⁶¹ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?”..., cit., p. 44, grifos no original.

¹⁶² PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 86.

¹⁶³ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., pp. 6-8.

¹⁶⁴ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, “Constitución y democracia...”, cit., p. 52.

¹⁶⁵ DANIEL SARMENTO, “O neoconstitucionalismo no Brasil...”, cit., p. 73.

¹⁶⁶ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit., pp. 131.

servindo de “substrato e de limite” ao trabalho do jurista, que deve utilizá-la em conjunto com os ensinamentos dos campos sociológico-jurídico e filosófico-valorativo¹⁶⁷.

Com visão um pouco diferenciada acerca da aplicação da ponderação, Jorge Ferraz de Oliveira Júnior defende que a utilização da técnica não é justificada quando se está diante de um caso fácil, no qual a norma editada pelo legislador é de fácil compreensão, adequada à Constituição e suficiente para a resolução do problema. A sua concepção também rejeita a possibilidade da adoção de julgamentos discricionários pelo juiz, ainda nos casos difíceis, em que mais de uma solução seja possível de acordo com o texto constitucional. Para o doutrinador, nesses casos o juiz “deve decidir pela interpretação que, de um lado, atente ao direito como integridade e, de outro, lhe apresente como a mais correta, expondo porque uma interpretação é superior a outra”¹⁶⁸.

Além disso, o autor defende que, quando entender pela inaplicabilidade de certa norma, caberia ao juiz formular argumentos jurídicos sólidos e consistentes para justificar a sua decisão, pois “o princípio da inércia favorece a aplicação da norma editada pelo Poder Legislativo”. Todavia, em sentido oposto a este privilégio garantido ao trabalho do legislador ordinário, o autor afirma que a positivação no texto constitucional de valores morais obriga que o juiz observe “ditames mínimos de conformidade à justiça” na avaliação dos casos sob julgamento, inclusive podendo rejeitar “a própria juridicidade de regras inseridas na Constituição originária [...] em casos de extrema incompatibilidade com a moral”. Diferente de outros neoconstitucionalistas, porém, que argumentam que as decisões judiciais devem se dar caso a caso, Oliveira Júnior defende que o juiz tem a obrigação de seguir o mesmo entendimento em casos semelhantes, de forma a garantir a previsibilidade das decisões judiciais¹⁶⁹.

Luís Roberto Barroso também vê na ponderação a técnica adequada para lidar com as questões oriundas dos conflitos de normas constitucionais, afirmando que “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”, devendo ser usada

¹⁶⁷ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., p. 14.

¹⁶⁸ JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Ativismo judicial (ou jurídico)...*, cit., pp. 86-88.

¹⁶⁹ *ibidem*, pp. 87-89.

nos casos difíceis, nos quais a subsunção for insuficiente para resolver o problema apresentado. O autor brasileiro identifica três etapas no processo de interpretação: (i) a identificação das normas relevantes para o caso; (ii) o exame das circunstâncias fáticas do caso, em contraste com as normas aplicáveis; (iii) ponderação propriamente dita, na qual o aplicador irá filtrar o peso que cada elemento normativo possui e chegar a uma decisão, definindo a intensidade de aplicação da norma¹⁷⁰.

Como forma de limitar a discricionariedade inerentemente advinda da utilização da ponderação, Barroso oferece três parâmetros que podem servir de controle da argumentação formulada na decisão: (i) a argumentação deve identificar seus fundamentos normativos; (ii) os critérios utilizados devem ter a possibilidade de serem universalizados, ou seja, aplicados em casos semelhantes; (iii) o intérprete deve guiar sua atividade de acordo com os princípios instrumentais de interpretação constitucional e aplicar, na máxima intensidade possível, os princípios materiais, que se relacionam ao conteúdo axiológico, ideológico e finalístico da Constituição¹⁷¹.

Como se vê, entre os próprios neoconstitucionalistas existe divergência de como se deve dar a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Tal atividade constitui um dos fundamentos basilares de uma teoria do Direito, vez que trata da aplicação concreta da norma constitucional. Logo, a inexistência de uniformidade entre os entendimentos de seus autores prejudica demasiadamente o reconhecimento de uma teoria neoconstitucional do Direito.

Não obstante, ainda que fosse considerado que a utilização da técnica da ponderação é defendida da mesma forma por todos os autores neoconstitucionalistas, isto não deixaria de apresentar problemas. Inicialmente, observa-se que a ponderação de princípios não é inovadora, nem mesmo existe apenas na aplicação das constituições do pós-Guerra.

Como mencionado por Alexander M. Bickel na clássica obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, a metodologia decisória elaborada por James Bradley Thayer em 1893 já demonstrava a relevância da atribuição de pesos diferenciados aos valores em disputa para se chegar à solução

¹⁷⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., pp. 154-157.

¹⁷¹ Ibidem, pp. 159-161.

de um caso difícil¹⁷². Bickel também faz menção a um caso decidido pela Suprema Corte americana em 1957 no qual o juiz Felix Frankfurter afirmou que chegou à sua decisão após a ponderação (*balancing*) entre dois princípios em contensão no caso em espécie – um direito fundamental do indivíduo e o direito de autoproteção do Estado¹⁷³.

Ou seja, pelo menos um século antes de qualquer menção ao neoconstitucionalismo, e em decisões tomadas a partir da Constituição norte-americana, que entrou em vigor em 1789, já se utilizava a ponderação de valores, o que fragiliza a ideia de que a técnica é uma inovação demandada pela “constituição neoconstitucionalista”.

Apesar disto, é importante observar que, normalmente, a técnica de ponderação à qual a doutrina neoconstitucionalista faz referência é a elaborada por Robert Alexy. Embora seja óbvio que os exemplos da doutrina e jurisprudência americanas não seguiram as formulações teóricas do autor alemão, a observação da existência da ponderação de princípios em decisões judiciais há mais de um século é importante porque, como a doutrina atual aponta, nem mesmo os neoconstitucionalistas fazem uso da técnica de ponderação da forma como elaborada por Alexy, fazendo apenas um sopeso simples entre as normas conflitantes¹⁷⁴.

Quanto à técnica do doutrinador alemão que, em teoria, influenciou o neoconstitucionalismo, é interessante fazer um breve resumo de suas disposições antes de continuar a exposição.

Firmada no livro *Teoria dos direitos fundamentais*, a ponderação de Alexy possui um lado argumentativo e um lado matemático-lógico, que, juntos, auxiliariam na solução de colisões entre princípios.

Conforme Alexy conceitua, princípios são mandamentos de otimização que serão realizados “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, podendo ser satisfeitos em graus diversos, dependendo das

¹⁷² ALEXANDER M. BICKEL. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2011. p. 39. A obra de James Bradley Thayer mencionada é “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, publicada na edição n. 7 da *Harvard Law Review*, em 1893.

¹⁷³ Ibidem, p. 236. O caso citado é *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. (1957).

¹⁷⁴ ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 106.

possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas relativas ao caso. Por sua vez, as regras são determinações, ou seja, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”¹⁷⁵.

Como consequência desta distinção qualitativa entre ambos os tipos de norma, o conflito entre regras resulta, sempre, do afastamento de uma regra em prol da outra, seja porque uma das regras é inválida, seja porque uma possui uma cláusula de exceção que determine a sua não aplicação ao caso. De forma contrária, as colisões entre princípios são solucionadas através da definição da precedência de um em relação ao outro de acordo com as condições do caso concreto, que definirão qual dos princípios possui peso maior naquela determinada situação. Assim, enquanto os conflitos entre regras ocorrem “na dimensão da validade”, os conflitos entre princípios ocorrem “na dimensão do peso”¹⁷⁶.

A técnica da ponderação¹⁷⁷ elaborada pelo doutrinador alemão, portanto, visa a resolver os conflitos entre princípios, uma vez que os conflitos entre regras são resolvidos por regras interpretativas já consagradas na doutrina jurídica, como a derrogação da lei anterior pela posterior ou da lei geral pela lei especial, para utilizar exemplos de Alexy. A ponderação, então, tem como objetivo “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”¹⁷⁸.

Alexy observa que, diferente da resolução do conflito entre regras, as colisões entre princípios não resultam na invalidação de um dos princípios ou de seu afastamento do Direito; ambos os princípios em conflito continuarão válidos. O que ocorrerá será o estabelecimento de uma relação de precedência de um para outro, de acordo com as condições do caso concreto (“relações de precedências condicionadas”). Havendo condições distintas, seria possível que o resultado da ponderação fosse outro¹⁷⁹.

¹⁷⁵ ROBERT ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. pp. 90-91.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 92-94.

¹⁷⁷ Na tradução oficial para a Língua Portuguesa, foi utilizado o termo “sopesamento”. Mas considerando que foi o termo “ponderação” que ficou popularizado na doutrina jurídica – talvez pela utilização de “ponderación” na tradução para o castelhano –, será este o utilizado ao longo do trabalho, a não ser quando houver citações diretas da obra traduzida.

¹⁷⁸ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 93-95.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 96.

O autor cria uma fórmula lógica para a resolução dos conflitos. Identifica como *P1* e *P2* os princípios conflitantes, como **P** a relação de precedência e como *C* as condições. Seriam possíveis, assim, quatro soluções: (i) *P1 P P2* (*P1* tem precedência sobre *P2*); (ii) *P2 P P1*; (iii) (*P1 P P2*) *C* (sob as condições *C*, *P1* tem precedência sobre *P2*); (iv) (*P2 P P1*) *C*. Alexy afasta imediatamente as possibilidades i e ii, pois representam relações de precedência absoluta que não são possíveis quando se trata de colisões entre princípios constitucionais. Quanto às soluções iii e iv, a escolha entre uma ou outra dependerá da avaliação de se, no caso concreto, há razões suficientes para que, sob aquelas condições *C*, um princípio prevaleça sobre o outro. Esta resposta será encontrada por meio da análise das consequências que a aplicação exclusiva de cada princípio representará para as condições relevantes. Se a aplicação de um princípio resultar na violação de um direito fundamental, ela é proibida¹⁸⁰.

Dessa operação, resultará uma regra que preceitua a consequência jurídica (representada por *R*) do princípio prevalente, que pode ser formulada da seguinte forma: “as condições [*C*] sob as quais um princípio [*P1*] tem precedência em face de outro [*P2*] constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica [*R*] do princípio que tem precedência”. A esta operação, Alexy dá o nome de “lei da colisão”¹⁸¹.

Nem sempre, porém, a operação resultará na conclusão de que a aplicação de um princípio resultará na violação do direito fundamental em jogo, podendo-se perceber que ambos os princípios garantirão, em algum nível, a satisfação do interesse. Para solucionar esta questão, deve ser lembrado que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados na maior medida possível, de acordo com as condições jurídicas e fáticas atinentes. Assim sendo, nessas situações, o intérprete deverá fazer uso do princípio da proporcionalidade, que guiará a decisão de escolha do princípio que garantirá o melhor resultado para os objetivos almejados no caso, por meio da aplicação da fórmula acima apresentada¹⁸².

¹⁸⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 96-98.

¹⁸¹ Ibidem, p. 99.

¹⁸² Ibidem, pp. 116-119.

Como se viu, a ponderação é um procedimento complexo, quase matemático. Conquanto a técnica seja muito mencionada, por nome, nas decisões judiciais e na doutrina neoconstitucionalista, não se tem notícia de decisão que tenha realmente aplicado o procedimento¹⁸³. Ou seja, o que os juízes fazem é um sopesamento simples de valores, que ocorre através do confronto argumentativo dos princípios em jogo com a obtenção de uma solução que, muitas das vezes, se adequa às preconcepções do julgador acerca do caso em análise. Ignora-se a complexa metodologia elaborada por Alexy, utilizando-se apenas o seu nome como forma de legitimar as decisões – possivelmente subjetivas – tomadas pelo julgador. Como é fácil de antever, a interpretação normativa realizada desta forma apenas dá azo à discricionariedade judicial¹⁸⁴, em clara oposição ao princípio da segurança jurídica. Sobre a aplicação das opiniões subjetivas do juiz, refere-se a leitura ao próximo tópico, que fala da vinculação entre Direito e Moral.

Não obstante, ainda que a técnica fosse utilizada da forma como elaborada por Alexy, ela não seria capaz de dar a segurança propugnada pelo autor às decisões judiciais.

Tratando das fragilidades da técnica, observa-se, inicialmente, que a ponderação não é um método interpretativo, mas apenas uma forma de escolher o princípio aplicável quando houver conflito. A efetiva aplicação do princípio é posterior à ponderação, e não se confunde com ela. Para serem efetivamente aplicados, os princípios devem inevitavelmente passarem pela subsunção, que é a técnica através da qual se classifica um elemento, a fim de lhe dar aplicação jurídica¹⁸⁵.

Por serem indeterminados e com conteúdo não delimitado pela Constituição, os princípios precisam ser “concretizados” para que possam ser usados na fundamentação de uma decisão judicial, pois deles deve ser extraída uma regra aplicável ao caso. Ou seja, a concretização de um princípio demanda uma subsunção – técnica ojerizada por boa parte dos neoconstitucionalistas –, haja vista que, sem esse procedimento, seria impossível extrair da norma genérica da Constituição uma regra concreta para decidir o caso em julgamento¹⁸⁶. Inclusive, é interessante notar

¹⁸³ LENIO LUIZ STRECK, “A crítica hermenêutica do Direito...”, cit., p. 56.

¹⁸⁴ Idem, “Contra o neoconstitucionalismo”, cit., p. 15.

¹⁸⁵ RICCARDO GUASTINI, “A proposito del neoconstitucionalismo”, cit., p. 238.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 240.

que Alexy observa que de toda ponderação corretamente elaborada poderia ser “formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma **regra** e à qual o caso pode ser **subsumido**”¹⁸⁷.

O próprio Luís Roberto Barroso reconhece as fragilidades da ponderação, afirmando que a técnica, mesmo com a utilização dos parâmetros mitigadores, “sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações”, uma vez que “não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”, podendo servir apenas como “um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*”¹⁸⁸.

Em razão dessas impropriedades, conquanto a aplicação da ponderação possa racionalizar de alguma forma, ainda que restrita, o processo decisório, nota-se que se a técnica for utilizada apenas como forma de justificar a adoção de critérios valorativos pessoais na interpretação do sistema jurídico, a força normativa da Constituição vai sendo perdida paulatinamente, a ponto de não mais se obter “uma interpretação da Constituição e sim uma Constituição do intérprete”¹⁸⁹.

Consequentemente, ainda que a ponderação fosse usada corretamente, não se perceberiam resultados extremamente positivos no concernente à maior segurança jurídica aos precedentes judiciais ou a maior racionalização e objetividade na formulação das fundamentações judiciais, tendo em vista que o método ainda deixa muito amplo o espaço de discricionariedade do intérprete.

Aliadas a estas fragilidades da ponderação, é válido observar que a aplicação de técnicas interpretativas específicas para a Constituição – fato mencionado como grande diferencial da corrente – também não é inovação neoconstitucional.

A título ilustrativo, interessa mencionar a pesquisa de Carlos Bastide Horbach. O autor destacou sete características da hermenêutica jurídica neoconstitucional listadas por Luís Roberto Barroso e identificou todas elas em trabalho formulado por Carlos Maximiliano em 1924 acerca da interpretação da Constituição brasileira de 1891.

As características destacadas pelo autor são a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, a interpretação conforme a Constituição, o princípio da unidade da Constituição, o

¹⁸⁷ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 102 [grifos nossos].

¹⁸⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 157.

¹⁸⁹ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., pp. 92-93.

princípio da efetividade e os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, estes representados pela necessidade de obtenção da finalidade traçada pelas normas constitucionais. Todos estes pontos já estão presentes na interpretação jurídica brasileira há mais de um século, razão pela qual Horbach conclui que, com o neoconstitucionalismo, “não se está diante de uma revolução em termos de interpretação do texto constitucional”, mas sim de “uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico”¹⁹⁰.

Quanto ao seu efeito na interpretação constitucional, Horbach observa que “com essa retórica, o intérprete pode, na ‘nova hermenêutica’, dar ao texto o sentido que bem entender, partindo do pressuposto que não existe um sentido verdadeiro da norma, sendo sua tarefa um ato de vontade e não de conhecimento”¹⁹¹.

Conforme exposto, observa-se que a técnica interpretativa padrão do neoconstitucionalismo, a ponderação de princípios, não se sustenta como generalidade entre seus doutrinadores, como inovação neoconstitucional e nem mesmo como técnica válida no ordenamento jurídico vigente.

Entre os autores neoconstitucionalistas, boa parte deles admite o uso irrestrito da ponderação, enxergando a técnica como melhor forma de resolver os conflitos advindos das normas constitucionais. O autor que se afasta parcialmente desse extremo, Jorge Ferraz de Oliveira Júnior, não demonstra como o juiz pode evitar decisões discricionárias, pois o seu posicionamento não esclareceu como a inapropriada utilização da ponderação no Brasil poderia ser colmatada. Além disso, o autor entra em contradição ao admitir a rejeição de leis e até mesmo de normas constitucionais com base em critérios de justiça, que são naturalmente subjetivos e, consequentemente, discricionários, conforme será mencionado com maiores detalhes no próximo tópico.

Outrossim, a ponderação da forma como utilizada no Brasil – não seguindo o procedimento elaborado por Alexy, mas apenas como confronto argumentativo básico entre princípios – não representa inovação alguma para a jurisdição constitucional, sendo utilizada há mais de um século. Se for observado que a

¹⁹⁰ CARLOS BASTIDE HORBACH, “A nova roupa do direito constitucional...”, cit., pp. 295-298.

¹⁹¹ Ibidem, p. 298.

“ponderação à brasileira” sequer é uma técnica, mas apenas uma proteção para a atuação subjetiva do julgador, estar-se-ia diante apenas de uma discricionariedade judicial, conduta indevida que deve ser afastada do meio jurídico, e não estimulada.

Até mesmo Paulo Bonavides, que se aproxima um pouco do neoconstitucionalismo¹⁹², critica as técnicas de interpretação subjetivas propugnadas pelo movimento, afirmando que esses métodos renunciam à juridicidade da Constituição para privilegiar uma visão subjetiva e unilateral, com o intuito de garantir o conteúdo social das normas superiores. Esta conduta, ao diminuir a força normativa constitucional, fragiliza a proteção aos direitos de liberdade, que dependem necessariamente de previsão e proteção constitucional para existirem – o que o autor entende não ser o caso dos direitos sociais, que poderiam ser previstos exclusivamente na legislação ordinária. Assim, o subjetivismo dado ao ordenamento jurídico é “evidentemente opressiv[o] e desvantajoso[o] pela possibilidade que traz de destruir o Estado de Direito”¹⁹³.

Em verdade, é característica dessa “nova hermenêutica” a alegada formulação de novas técnicas interpretativas que, em verdade, não passam de argumentos vazios sem grande profundidade teórica, que não chegam a constituir verdadeira metodologia jurídica. O que essas pretensas técnicas neoconstitucionalistas fazem é motivar a usurpação de poderes pelo Judiciário, com a proteção de visões subjetivas do julgador, em desrespeito à decisão legislativa, à segurança jurídica e à democracia¹⁹⁴.

Apesar das críticas feitas ao subjetivismo interpretativo, deve-se ter em mente que o processo interpretativo não tem como ser perfeitamente objetivo e isento de influências, pois o intérprete naturalmente possui uma pré-compreensão sobre o tema em análise, que, aliada ao conhecimento dos fatos em julgamento, seus valores pessoais, os conceitos jurídicos aos quais adere, entre outros, influenciarão o processo interpretativo¹⁹⁵.

Como consequência, o julgador participará ativamente do processo de construção da norma, tendo sido superada a ideia de que o Direito posto possui

¹⁹² ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 103.

¹⁹³ PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 486.

¹⁹⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Segurança jurídica e justiça constitucional”, cit., p. 628.

¹⁹⁵ EROS GRAU. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 45.

significados prontos e especificados, cabendo ao intérprete apenas identificar quais eles sejam. Isso, é claro, não dá plena liberdade ao intérprete de definir o conteúdo normativo de forma subjetiva e arbitrária, como alguns posicionamentos neoconstitucionalistas findam autorizando, vez que o texto normativo deve agir como orientador e como limite nessa atividade e não pode ser ignorado por mera vontade do julgador, ainda que os fatores sociais ou um sistema de valores lhe orientem ao contrário¹⁹⁶.

Em síntese, a técnica da ponderação, como defendida e aplicada pelo neoconstitucionalismo, não é válida em um ordenamento jurídico democrático, que deve contar com o equilíbrio entre os Poderes e um real controle da motivação das decisões judiciais, ambos fatores que ficam inviabilizados pela utilização de uma técnica interpretativa claramente discricionária, que apenas enfraquece a força normativa da Constituição e a legitimidade da jurisdição constitucional¹⁹⁷.

1.7 A tese da conexão entre Direito e Moral: contradições internas e fragilidades dogmáticas

Uma das questões mais associadas ao neoconstitucionalismo, mas que não é pacificada entre os seus doutrinadores, é a conexão entre o Direito e a Moral.

Jorge Silva Sampaio entende que “a constitucionalização do ordenamento uniu o Direito à moral”¹⁹⁸, o que também é mencionado por Rafael Enrique Aguilera Portales, que enxerga os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como a “ponte ideal” entre ambos¹⁹⁹.

Quanto a isto, Luís Roberto Barroso leciona que, ao se afastar da ideia positivista, a Constituição passa a ser “um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”²⁰⁰.

O autor observa, porém, que os princípios, ainda que sejam exemplos da superação pós-positivista do legalismo, não têm sua origem em concepções metafísicas ou abstratas, mas sim nos valores reconhecidamente compartilhados

¹⁹⁶ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 82-99.

¹⁹⁷ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, cit., p. 103.

¹⁹⁸ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?...” , cit., p. 49.

¹⁹⁹ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., p. 8.

²⁰⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 123.

pela comunidade como um todo, e que nem sempre as normas jurídicas possuem um “sentido único, objetivo, válido para todas as situações”²⁰¹, o que, em caso de desacordo moral razoável, obriga o Estado a assegurar o exercício da autonomia individual em suas diferentes concepções²⁰². Abrindo espaço para o reconhecimento de princípios implícitos, o autor entende que os valores compartilhados pela comunidade “integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico”²⁰³.

Daniel Sarmento também afirma que o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais com alta carga axiológica (dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade) levou diversos autores neoconstitucionalistas a defenderem uma reaproximação entre o Direito e a Moral, o que o autor reconhece ser objeto de divergência na corrente²⁰⁴. Pessoalmente, o autor defende “uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo”²⁰⁵.

Jorge Ferraz de Oliveira Júnior também reconhece apenas uma “vinculação fraca entre Direito e Moral”. Ao defender o “rechaço à tese positivista de que o direito se confunde com o direito posto”, o autor brasileiro entende que “uma norma extremamente injusta pode vir a ser considerada um ‘não-direito’”, ainda que se trate de uma norma constitucional, embora admita que “não existem normas na Constituição de 1988 que, sendo extremamente injustas, devam ser desconsideradas pelo intérprete”²⁰⁶.

Na visão de Walber de Moura Agra, o aplicador do Direito não pode se limitar “em filigranas jurídicas”, pois deve sempre estabelecer uma relação entre a norma e a realidade, podendo, para isso, “socorrer-se de elementos metajurídicos, mormente da densidade suficiente na concretização dos direitos fundamentais”²⁰⁷. Assim, ocorreria uma reaproximação entre o Direito e a Moral, adotando a Constituição “um marco referencial para a estruturação da organização política” ao proporcionar “um caráter dialógico aos seus princípios, em que as normas constitucionais podem se

²⁰¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro...*, cit., p. 142.

²⁰² Ibidem, p. 261.

²⁰³ Ibidem, p. 131.

²⁰⁴ DANIEL SARMENTO, “O neoconstitucionalismo no Brasil...”, cit., p. 81.

²⁰⁵ Ibidem, p. 112.

²⁰⁶ JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Ativismo judicial (ou jurídico)...*, cit., p. 117.

²⁰⁷ WALBER DE MOURA AGRA, “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, cit., p. 436.

tornar axiológicas por intermédio do *entrenchment* de seus postulados”, algo que seria necessário “em sociedades hipercomplexas como a que vivemos”²⁰⁸.

Ramiro Ávila Santamaría entende que não reconhecer a moral como fonte do Direito mas defender a supremacia da Constituição seria apenas um “neopositivismo”. O autor defende que a Constituição é uma “síntese entre moral e direito”, existindo valores morais geralmente aceitos, quais sejam, os direitos fundamentais, que já são normas positivadas. Não obstante, todas as normas constitucionais devem ter o seu conteúdo preenchido por meio da reflexão filosófica²⁰⁹. Isto ocorre porque, em um Estado constitucional, o Direito não é apenas o sistema formal de normas editadas, pelo que a Moral seria necessária para a compreensão dos textos jurídicos²¹⁰.

Para o autor, certos casos envolvem necessariamente discussões acerca de valores morais, como o debate acerca do aborto. Então, a Moral naturalmente se apresenta na argumentação jurídica e na ponderação dos valores, embora ressalte que não pode haver “discussões de caráter moral sem princípios constitucionais e sem argumentações jurídicas”²¹¹.

Todavia, o doutrinador observa que não é qualquer moral que possui autorização para ser levada em consideração. Entendendo que existem dois tipos de moral, a privada e a pública, Ávila Santamaría descarta a utilização da privada em razão de sua inerente subjetividade, que não pode ser misturada com a coisa pública por qualquer pessoa vinculada ao Estado, seja juiz, legislador ou administrador²¹².

Quanto à moral pública, o autor entende que ela é representada pelas normas morais que estão constitucionalizadas, que se apresentam nos direitos fundamentais, ressaltando que a moral não é “superior nem anterior ao direito, como tradicionalmente sustentaram os jusnaturalistas”, mas que as normas morais constitucionalizadas demandam uma interpretação moral. Também devem possuir influência no direito as regras morais que “possuem relação com o que é mais conveniente e aceitável para qualquer pessoa e grupo humano a partir de uma perspectiva de troca, melhoramento, ou transformação”; isto é, havendo uma

²⁰⁸ WALBER DE MOURA AGRA, “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, cit., pp. 436-440.

²⁰⁹ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *Neoconstitucionalismo Transformador...*, cit., p. 57.

²¹⁰ Ibidem, cit., p. 124.

²¹¹ Ibidem, p. 134.

²¹² Ibidem, p. 227.

decisão geral da sociedade acerca do que lhe é mais interessante, por meio de debates argumentativos e reflexões, esta decisão moral deve ser respeitada²¹³.

Sendo um exemplo emblemático da divergência doutrinária neoconstitucionalista nessa matéria, e apresentando um interessante contraponto à posição de Ávila Santamaría, está o posicionamento de Paolo Comanducci. Embora o autor reconheça que o método neoconstitucionalista adote a tese da conexão necessária entre Direito e Moral, enxergando nos direitos fundamentais e princípios constitucionais a ligação entre ambos²¹⁴, entende que não há como escapar das deficiências práticas advindas da aplicação do Direito sob um prisma moral. Por um lado, ao tentar aplicar normas morais objetivas, o juiz findaria por ter que escolher “uma norma que acredite ser moral”, vez que “existem várias e divergentes teorias morais” sem que haja uma clara indicação de qual seja a correta²¹⁵.

Caso se propusesse a aplicação de normas morais subjetivas, estar-se-ia deixando o modo de decidir completamente a cargo da discricionariedade do juiz, e fazendo com que a lei, e até mesmo a Constituição, passassem a ser supérfluas, em completo prejuízo à segurança jurídica²¹⁶ – receio que é confirmado pelo posicionamento de Jorge Ferraz de Oliveira Júnior, acima mencionado, que admite até o afastamento de normas constitucionais caso o julgador as considere extremamente injustas, algo naturalmente subjetivo. Ainda de acordo com Comanducci, ao juiz também não seria possível aplicar as normas morais aceitáveis na sociedade, vez que o profissional “não possu[i] os instrumentos necessários para precisar quais são as normas morais de um país”²¹⁷.

Deste modo, um dos mais renomados autores neoconstitucionalistas demonstra que não existe solução possível para a aplicação do Direito vinculado à Moral, desconstruindo, no processo, uma das características mais marcantes do movimento.

Além disso, os demais doutrinadores vinculados à corrente não possuem um entendimento pacificado acerca de como se deve operar essa vinculação. Como visto, alguns autores entendem que a Moral deve seguir basicamente como um guia

²¹³ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *Neoconstitucionalismo Transformador...*, cit., pp. 229-230.

²¹⁴ PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p 87.

²¹⁵ Ibidem, p. 95.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem, pp. 96-97.

interpretativo, apenas servindo como limite a interpretações normativas que pudessem levar a injustiças. Outros, porém, defendem uma vinculação profunda.

Mesmo que se ignorasse o posicionamento de Comanducci como minoritário na corrente, e não se levasse em conta os diferentes níveis de vinculação admitidos pelos demais doutrinadores, restaria a conclusão de que a vinculação entre Direito e Moral afeta princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em especial a segurança jurídica.

Susanna Pozzolo, a criadora do termo neoconstitucionalismo – embora não mais se identifique com a corrente²¹⁸ –, expõe detalhadamente as deficiências na vinculação entre o Direito e a Moral, deixando claros os prejuízos deste entendimento²¹⁹. Assim como Comanducci, o principal problema observado por Pozzolo é a impossibilidade de o juiz fixar o conteúdo moral a ser aplicado.

A autora italiana classifica a moral em quatro tipos: individual, positiva, combinada e universal. A primeira, como o nome esclarece, é a subjetiva, relacionada à ideia pessoal “que cada um tem do que está bem e do que está mal”. Esta moral individual é determinável e descritível, podendo seu conteúdo ser revelado de forma neutra²²⁰.

A positiva se aproxima da individual, pois também trata da concepção e da prática de bem e mal, mas agora relacionada a um determinado grupo social. Esta moral está conectada a uma situação social específica, e pode ter suas normas descritas de forma isenta pelas ciências sociais – por isso é denominada de “positiva”²²¹.

A moral combinada, por sua vez, é o “conjunto de princípios referidos ao comportamento humano, elaborados através de um debate intersubjetivo conduzido segundo regras predeterminadas, em relação à ideia que os participantes do debate possuem entre o bem e o mal”, como por exemplo as declarações de direitos humanos²²².

²¹⁸ A autora passou a rejeitar o neoconstitucionalismo por verificar diversas fragilidades nas construções teóricas do movimento (SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, cit., p. 210).

²¹⁹ Ibidem, p. 196 ss.

²²⁰ Ibidem, p. 196.

²²¹ Ibidem, p. 197.

²²² Ibidem, p. 197.

Por fim, a moral universal não possui relação com a crença sobre bem e o mal, mas sim “indica o que é justo e o que é equivocado em um sentido a-histórico e a-espacial”, sendo “independente do desenvolvimento social e de qualquer debate intersubjetivo”. Não podendo ser reduzida a fatos concretos através das metodologias sociais, é, basicamente, “puro valor”²²³.

Pozzolo observa que os neoconstitucionalistas, ao defenderem a vinculação entre Direito e Moral, não estão se referindo à moral positiva, uma vez que, reduzido a fatos descritíveis, este tipo de moral possui relação com a constitucionalização dos valores aceitos em sociedade (os direitos fundamentais). Estando estes valores normatizados, a atividade interpretativa juspositivista já incluiria a avaliação da concepção social acerca do valor abstrato em análise, aliada à prática jurídica sobre o referido princípio, pelo que não haveria inovação neoconstitucional nesse vínculo²²⁴.

Já a moral combinada apresentaria problemas práticos de aplicação, o que também lhe afastaria dos entendimentos neoconstitucionais. Conceitualmente, este tipo de moral se refere às formulações elaboradas por participantes de um debate, que chegarão a conclusões de acordo com as suas próprias concepções. Aplicar esta moral em decisões judiciais acabaria lhe dando força normativa e, em consequência, impondo-a a todos os membros da sociedade, no que ela acabaria se confundindo totalmente com a moral positiva²²⁵.

A autora reconhece, então, que os neoconstitucionalistas se referem à moral universal, aquela que identificou como sendo “puro valor” e que diz respeito aos critérios de justiça, independentemente de contexto histórico ou social. Este tipo, que é negado pelo positivismo, não tem fatos concretos que possam ser revelados através de pesquisas sociais empíricas, pois lida com valores que, se entende, serem justos em si mesmo, que revelem verdades universais, alheias a qualquer contexto histórico e social. A associação do Direito a este tipo de moral, Pozzolo observa, objetiva sua sobreposição às normas jurídicas²²⁶.

A autora conclui, inicialmente, que, não há possibilidade de o aplicador identificar as normas oriundas da moral universal, já que ela se justifica em si

²²³ SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, cit., p. 198.

²²⁴ Ibidem, pp. 201-203.

²²⁵ Ibidem, pp. 201-202.

²²⁶ Ibidem, p. 202.

mesma por ser “a verdade”, o que impede a sua aplicação como orientadora da atividade interpretativa²²⁷. Além disso, afirma que a tentativa de vinculação entre a Moral e o Direito “não parece nada mais que elevar um novo ‘rei’ sobre o Direito, e quem tiver a ‘sapiência’ para aceder ao ‘conhecimento moral’ poderia transformar-se em um déspota muito mais perigoso que a terrena autoridade política. A tese da conexão entre Direito e moral não é necessária para a teoria e se mostra nociva (ou pior) para o neoconstitucionalismo”. Acrescenta que “o reconhecimento do valor jurídico da Constituição e sobretudo de seus princípios não necessita, ao menos do ponto de vista teórico, de um englobamento do Direito na Moral”²²⁸.

Ultrapassando a divergência entre os neoconstitucionalistas, observa-se ainda mais fragilidades nessa proposta de vinculação entre Direito e Moral. Antes, deve ser feita uma observação importante.

Ao mencionar a vinculação entre Direito e Moral, não se está falando da moral que foi positivada através da inserção de certos valores morais na Constituição. Isto é um fato reconhecido pela doutrina não-neoconstitucionalista, inclusive pela positivista.

De fato, a Constituição traz normas que são oriundas do campo moral, como dignidade da pessoa humana, igualdade formal e material, liberdade de pensamento, entre tantas outras. Estes valores foram inseridos no sistema jurídico por meio da influência básica que a Moral possui na construção da sociedade organizada e, obviamente, do Direito: a maioria dos indivíduos passa a aceitar que certos valores são os mais relevantes para a construção daquela sociedade e exigem proteção jurídica, o que resulta na inserção desses ideais em uma constituição ou em legislação ordinária. Entretanto, depois que esses valores advindos do campo da Moral são inseridos no Direito, eles se desassociaam daquela e passam a ser regidos pelas normas e técnicas de aplicação e interpretação deste.

Para sua aplicação em questões jurídicas, deixa de ser relevante que parâmetros morais levaram à inserção da liberdade de expressão na Constituição, ou como os indivíduos enxergam subjetivamente os limites dessa liberdade; as decisões a serem tomadas com base nesse princípio constitucional devem considerar o ordenamento jurídico, visto como o conjunto de normas positivas

²²⁷ SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, cit., p. 202.

²²⁸ Ibidem, p. 210.

editadas pelas autoridades públicas com competência para tal. Ou seja, após a positivação de um valor moral e de sua inserção no sistema de normas, ele deixa de ser visto com valor moral e passa a ser uma norma jurídica, com todas as implicações que isto gera.

Não obstante, é difícil aceitar que a atividade judicial estará completamente impervia à influência da Moral.

A interpretação de normas estará sempre relacionada a um certo nível de discricionariedade, pois neste processo o juiz terá que fazer escolhas ao tentar desvendar a vontade do legislador, o que, inevitavelmente, será influenciado, em algum grau, por critérios subjetivos do magistrado. Isto se agrava quando o juiz estiver realizando uma atividade de criação de normas, ou seja, quando estiver diante de uma situação nova, acerca da qual não há legislação ou jurisprudência, ou ainda no âmbito da jurisdição constitucional, face a maior abstração das normas constitucionais²²⁹.

Nesses momentos, os valores morais serão utilizados pelo magistrado de maneira mais intensa. Não havendo suporte jurídico para a decisão, é inevitável que o juiz tente apreender os valores sociais atinentes à questão em análise como guia de sua decisão. Afinal, o magistrado cível-constitucional não pode se recusar a proferir uma decisão sob o argumento de que não há lei sobre o tema, uma vez que isto constituiria negativa de jurisdição, ofendendo o direito fundamental de acesso à justiça dos litigantes.

Isto, porém, não é problemático, sendo tal realidade fática reconhecida pelo positivismo. Esta corrente absorveu a seus preceitos a influência dos valores sociais pelo juiz em suas decisões, não sendo inerente “ao positivismo jurídico a completa abstração dos aspectos fáticos e axiológicos do fenômeno jurídico”²³⁰, fatores que influenciam o juiz na escolha da decisão correta a ser aplicada ao caso. Neste processo, o juiz poderia se deixar influenciar pelos valores éticos sociais, desde que justifique racionalmente a sua decisão, sendo vedada a adoção de critérios individuais e devendo sempre guardar respeito às normas jurídicas vigentes. A

²²⁹ MAURO CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*, p. 129.

²³⁰ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 61.

ordem jurídica, então, continua válida em si mesma, não podendo ter sua validade vinculada a uma ordem externa de valores²³¹.

O posicionamento do neoconstitucionalismo que ora se aborda diz respeito à adoção direta de argumentos morais no Direito, inclusive com a possibilidade de não aplicação da lei por ser supostamente imoral ou injusta. Isto traz problemas, especialmente relativos a encontrar os valores morais que devem ser usados pelo juiz.

Além da classificação adotada por Pozzolo, pode-se classificar a moral em quatro tipos: (i) autônoma; (ii) social; (iii) ética dos grandes sistemas, religiosos ou não; e (iv) moral humana. Os nomes deixam claros os significados de cada tipo: a autônoma é a subjetiva, individual, advém dos valores criados por cada indivíduo; a social advém do conjunto de valores compartilhados por uma coletividade especificada; a ética dos grandes sistemas possui relação com sistemas coletivos organizados mas que não são necessariamente vinculados a uma sociedade específica, como é o caso das religiões; a moral humana representaria os valores compartilhados por todos os seres humanos, independente de seu país de origem, crença religiosa, etc. Nenhum dos tipos pode ser utilizado como critério de validação judicial do Direito posto.

A moral autônoma, por certo, não poderia ser utilizada, pois subjetiva e individual; nem mesmo os neoconstitucionalistas defendem sua utilização. A moral dos grandes sistemas também não poderia ser considerada, vez que concernente a grupos específicos, o que impediria sua extensão como se lei fosse para outras coletividades que não se vinculassem a esses grupos. Restam a moral social e a humana, que, na superfície, poderiam ser utilizadas como fundamento para essa vinculação, já que seriam compartilhadas de forma geral – ou por todos os membros de uma sociedade, ou mesmo por todos os seres humanos. Entretanto, diversas dificuldades surgem com essa possível vinculação, e a primeira delas é a dúvida acerca da real existência desses valores gerais.

Qualquer sociedade comporta um desacordo moral razoável entre seus membros sobre quaisquer questões²³², das mais simples (utilização de cinto de segurança, proibição de fumar em locais fechados, proteções aos consumidores) até

²³¹ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., pp. 99-101.

²³² JEREMY WALDRON. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 181.

as mais complexas (eutanásia, aborto, pena de morte). Não há exemplo de sociedade em que haja total concordância entre seus membros acerca de todas as questões morais; ou mesmo que, havendo concordância superficial sobre um tema (deve haver a descriminalização de entorpecentes), o grau de concordância seja o mesmo (deve-se apenas deixar de punir o consumo; deve ser permitida a venda por particulares; deve existir venda pelo Estado).

O processo de construção de valores morais, e especialmente da vinculação a esses valores, é inerentemente individual, subjetivo. Ainda que existam valores compartilhados por membros de uma sociedade, e que esta exerça algum grau de pressão sobre o indivíduo para que este siga esses valores, a aceitação dos valores é, em último grau, uma escolha subjetiva.

Para existir e influenciar as escolhas e modo de vida de um indivíduo, a moral tem que ser vista como importante e adequada por esse mesmo indivíduo, não importando o tipo de pressão social que exista para a sua aderência àquele conjunto de valores. Esta aceitação de valores, como dito, é naturalmente parcial: cada indivíduo absorve certas construções sociais que entende adequadas e rejeita as demais, construindo nesse processo o seu próprio conjunto de valores. Exemplificando: a mulher ainda pode ser vista essencialmente como mãe e esposa, sofrendo reprovação social de seus familiares e conhecidos caso decida trabalhar e rejeite esses papéis que lhe são impostos. Ainda assim, a não ser que seja ilegal que a mulher trabalhe, ela poderá não aceitar esses valores morais que lhe foram passados durante a sua vida e decidir trilhar o caminho que seja mais adequado para as suas intenções pessoais.

Poder-se-ia dizer que neste exemplo de sociedade existe uma concepção moral acerca da função da mulher? Sim. Mas poder-se-ia dizer que todos os membros da sociedade compartilham este valor? Não. E mais: este valor impede que as mulheres que não concordem com ele sigam caminhos diversos? Igualmente não. Daí se observam algumas diferenças significativas entre Direito e Moral que são relevantes para a sua desvinculação.

A Moral não tem o caráter coercitivo que o Direito possui. Aquela somente pode pressionar, envergonhar, constranger, convencer, estimular; este efetivamente pode fazer uso da força para garantir que seja obedecido, utilizando-se deste poder para ameaçar os indivíduos que lhe são subordinados. A Moral

depende da aceitação dos indivíduos para que exista, vez que ela não é editada, normatizada ou fruto de uma decisão coletiva consciente; ela apenas “existe”. O Direito, por outro lado, é concreto, objetivo, sendo vinculado a autoridades públicas e aos atos normativos por elas editados, conhecidos pelos membros da sociedade de forma concreta e objetiva. Não havendo aceitação social, então, a Moral deixa de existir, enquanto o Direito, mesmo não aceito, pode se impor por meio das autoridades públicas com poder para tal²³³.

Por causa desse caráter coercitivo, o indivíduo possui a proteção do Estado para adotar condutas contrárias ao meio social no qual está inserido. Voltando ao exemplo acima: em uma democracia contemporânea, a mulher nascida em um meio conservador que quiser trabalhar não poderá ser impedida por sua família de fazê-lo, pois o Estado garante a sua liberdade de exercer a atividade laboral de seu interesse. Portanto, a Moral possui, na esfera pública, subordinação ao Direito quando entra em conflito com este. É uma proteção democrática básica que valores morais de terceiros não impedirão o indivíduo de exercer as suas liberdades garantidas pelo sistema. Completamente retrógrada, assim, a defesa da subordinação do Direito à Moral, pois vai de encontro aos avanços democráticos proporcionados pelas lutas sociais que modificaram o Direito em proteção ao indivíduo.

Ainda neste aspecto, uma diferença marcante entre Direito e Moral diz respeito às mudanças de suas normas de conduta. Enquanto as normas jurídicas são editadas por meio de um procedimento público e com regras definidas que comportam a revisão ou a revogação dessas normas, as normas morais são imunes à modificação deliberada. Como dito acima, elas apenas existem, então não há como, coletivamente, tomar-se a decisão de revogar uma regra moral. A moralidade existe independentemente da vontade de seus indivíduos, e somente deixa de existir com o passar do tempo, na medida em que os indivíduos a ela submetidos, um a um decidirem deixar de se vincular a essas normas, em um processo que pode ser bastante demorado²³⁴. Outra hipótese de como a Moral é naturalmente antidemocrática, o que prejudica ainda mais sua utilização pelo Direito.

²³³ H.L.A. HART. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. pp. 169-175.

²³⁴ *Ibidem*, cit., pp. 171-173.

Neste caráter antidemocrático, a questão que mais aflora como evidência da inadequação da vinculação entre Direito e Moral é a impossibilidade de o juiz identificar o conteúdo dos valores morais e aplicá-lo em suas decisões. Associado às dúvidas acerca da existência das morais social ou humana, ainda que se aceitasse que existem valores morais compartilhados de forma geral em uma sociedade ou no mundo, restaria a impossibilidade de o juiz conseguir identificar que valores seriam esses. A autoridade julgadora pode, única e exclusivamente, expressar a sua opinião sobre o que seriam esses valores²³⁵, uma vez que a moral, por ser tão diversa e basicamente individual, não tem como ser objetivamente identificável. Assim, quando o julgador profere uma decisão fundada na Moral, ele não está expondo a Moral “real”, pois esta não tem como ser identificada – e, de fato, sequer existe; ele está, apenas, dando sua opinião subjetiva acerca de um determinado problema, nada mais que isso.

Esta ausência de valores morais consolidados e compartilhados de forma geral em sociedade é um dos fatos que torna mais importante a desvinculação entre Direito e Moral, com a consequente valorização da norma legal editada. Embora não sejam perfeitas e possam desmerecer certos grupos ou criar desvantagens indevidas, apenas as normas positivas são resultado de discussões democráticas, realizadas pelos representantes eleitos pelo povo e com a possibilidade de participação dos cidadãos. Enquanto não se criar sistema mais eficiente, a democracia é a melhor forma de garantir a participação de todos ao menos nas discussões relevantes para a sociedade. Aceitar a utilização de valores morais na tomada de decisões judiciais seria, inevitavelmente, aceitar que a opinião subjetiva daquele juiz que proferiu determinada decisão em um processo isolado é mais importante que a decisão coletiva acerca dos problemas que atingem toda a sociedade. Em outras palavras, é aceitar a arbitrariedade²³⁶. Valendo lembrar que essas decisões coletivas (no caso, leis, regulamentos, etc.) podem ser alteradas a qualquer momento, enquanto decisões judiciais têm o objetivo de serem estáveis e imutáveis após o seu trânsito em julgado, o que pode levar à consolidação de uma situação de vida orquestrada pelo posicionamento individual do julgador.

²³⁵ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 181.

²³⁶ *Ibidem*, p. 185.

Inclusive, é justamente a hipercomplexidade social, mencionada por Walber de Moura Agra como argumento favorável, que se torna um dos principais argumentos contrários à vinculação entre Direito e Moral. Justamente por haver tantos interesses divergentes, tantos valores distintos e tantas posições opostas acerca de elementos básicos da convivência social, seria impossível definir os princípios morais que deveriam ser considerados pelo julgador na sua atividade, em especial no controle de constitucionalidade. Dando a todas as posições igual consideração e respeito – algo essencial de uma democracia, regime que tem como seus princípios basilares a igualdade –, como definir quais desses tantos valores morais dispersos na sociedade deveriam ser considerados? Na verdade, deve-se perguntar primeiro: há como identificar conjuntos de valores morais partilhados de forma unânime e em mesmo grau por coletividades especificadas? A resposta, como visto, é negativa.

Então, qual seria o ideal de justiça que deveria servir de base para considerar uma norma inválida por ser extremamente injusta (como defende Jorge Ferraz de Oliveira Júnior)? O de alguém que se afilia a teses políticas de direita? De esquerda? Um neo-nazista? Um conservador? Um libertário? E não há sequer como afirmar que a Constituição seria a bússola moral nessa decisão (algo que poderia se inferir da ideia de que ela é a condensação dos valores morais partilhados na sociedade, mencionada por outros neoconstitucionalistas), já que Oliveira Júnior afirma que até mesmo normas constitucionais podem ser invalidadas sob o argumento de serem injustas. Ou seja, não há força normativa da Constituição, e não há guia dos valores morais que devem ser considerados pelo juiz na tomada dessas decisões. Fica-se, portanto, sem resposta acerca dos valores que deveriam ser considerados nesse processo.

Por conseguinte, são apenas as decisões oriundas do processo democrático que podem definir quais valores serão protegidos e garantidos pelo Estado, pois é no processo público de tomada de decisões que todos os interesses em jogo na sociedade poderão ser considerados.

Vale notar que se realmente houvesse moral pública partilhada entre todos os indivíduos, os Poderes eleitos seriam os mais capacitados para compreendê-la e editar normas em sua proteção, vez que são formados por aqueles que o povo elegeu para serem seus representantes, no que se presume uma identificação subjetiva

entre o povo e os eleitos. Se houvesse de fato essa moral pública/social/humana, os representantes do povo se veriam sempre compelidos a segui-la, pois, como membros da sociedade, também estariam vinculados a ela e se veriam obrigados a adequar suas condutas a esses valores. Reconhecer que o legislador pode adotar valores opostos aos da sociedade na qual se insere é reconhecer que estes valores não existem ou que não possuem a força vinculante/coativa propugnada pelos neoconstitucionalistas, o que revela uma contradição elementar em seus argumentos.

Não há, então, como ser dito que exista de fato uma moral social ou uma moral humana, com vigência em um determinado país e muito menos em todo o mundo²³⁷, o que abala as teses neoconstitucionalistas.

Nenhum dos autores da corrente analisados nesta pesquisa confrontam com profundidade essas fragilidades, apenas elaborando argumentos genéricos e superficiais favoráveis à vinculação. Em geral, entendem que existe uma moral coletivamente compartilhada, e que é esta que deve guiar a decisão do magistrado. Todavia, não expõem como essa moral é apreendida objetivamente pelo julgador se um conjunto de centenas de legisladores não conseguem fazê-lo, e sempre apelam para o senso de justiça do leitor. Entretanto, a ideia de justiça também possui fragilidades que impedem que ela seja utilizada como base para validação da legislação.

Em verdade, a justiça é um seguimento da Moral²³⁸, e está associada à ideia de dar às pessoas aquilo que lhes é devido em um sistema equilibrado²³⁹. A justiça espera que, por meio do Direito, sejam asseguradas as exigências do bem comum, o respeito, a proteção da personalidade e a projeção da dignidade humana, bem como a igualdade de tratamento e a exclusão de condutas arbitrárias²⁴⁰. No entanto, isto é apenas uma expectativa, pois nem sempre o que está na lei pode ser considerado justo de acordo com esses parâmetros²⁴¹.

²³⁷ ALF ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1997. p. 89.

²³⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 163.

²³⁹ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. "Judicial activism and fidelity do law", in COUTINHO, Luís Pereira et al. (eds). *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. San Diego: Springer, 2015. p. 36.

²⁴⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, "Segurança jurídica e justiça constitucional", cit., pp. 621-622.

²⁴¹ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, "Judicial activism and fidelity do law", cit., p. 38.

A justiça é um ideal, algo que se almeja ser alcançado através da lei, mas, em razão do jogo de interesses e da complexidade dos valores morais presentes em uma sociedade, isto nem sempre é possível para todas as situações. É claro que esta avaliação do que seria justo ou injusto também será, em boa parte dos casos, subjetiva, em especial em situações que envolvam conflitos de interesses individuais, como um caso de indenização por acidente, em que o acidentado vai querer ganhar mais e o responsável pelo acidente vai querer pagar menos. Mesmo na legislação, em especial em leis que visem implementar mudanças sociais ou instituir políticas públicas que envolvam altos custos para o Estado, haverá utilização dos recursos em prol da classe atingida, com a retirada de recursos de áreas que poderiam privilegiar outras classes²⁴². Nessas situações, a classe prejudicada ou não beneficiada pode falar em injustiça contra si, mesmo que se trate, por exemplo, de um programa de redistribuição de renda para retirada de pessoas da pobreza e aquela que se vê prejudicada seja a classe com maior poderio econômico. Já se nota a dificuldade de definir com precisão o que é uma decisão, política ou jurídica, justa.

Apesar desta dificuldade, os neoconstitucionalistas utilizam-se do anseio natural por justiça para defender que a autoridade julgadora pode afastar a aplicação da lei se, em determinado caso, ela gerar uma injustiça. Os critérios do que seria justo ou injusto, e como o julgador poderia avaliar isto, não são elaborados pelos aderentes do neoconstitucionalismo, algo comum nesta corrente. De todo modo, este entendimento ignora que, embora a justiça seja o fim primordial do Direito, o que realmente se espera deste é que garanta segurança jurídica, e não justiça²⁴³.

A segurança jurídica é definida como “um valor-pressuposto e imanente do conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e a coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da coletividade organizarem a sua vida individual, relacional e coletiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas ações”²⁴⁴.

²⁴² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 162-163

²⁴³ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Segurança jurídica e justiça constitucional”, cit., pp. 621-628.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 621.

É apenas com o respeito à legislação positivada (e nisto se inclui, é claro, a Constituição) que poderá ser obtida a razão principal da existência do Direito e do próprio Estado: a estabilização das relações sociais, a organização da vida coletiva, a paz²⁴⁵. Por isso, deve-se renunciar ao ideal de justiça em prol da obtenção de segurança nas relações sociais, sem o que a razão de ser do Estado seria perdida²⁴⁶. A justiça deve servir de parâmetro de crítica ao Direito²⁴⁷ e como guia na edição de normas, mas não pode ser usada como argumento pelo juiz para a invalidação de normas positivadas. Isto seria, não há como se entender de outra forma, verdadeiro ato de usurpação de poderes pelo juiz, que, por meio de uma “tirania axiológica” que protege emoções, sentimentos e palavras vazias, poderia decidir o que quisesse, mesmo que em oposição à Constituição²⁴⁸.

O ideal de justiça jamais será alcançado, uma vez que ele envolve a satisfação da felicidade individual. Esta, porém, é subjetiva, o que leva à conclusão fatal de que a felicidade de um indivíduo gerará a infelicidade de outro, causando, assim inevitáveis conflitos²⁴⁹. O ideal de justiça não é um só, mas vários, “diferentes e mutuamente inconsistentes”²⁵⁰. Somente o Direito é objetivo, enquanto a Moral, na qual se insere as ideias subjetivas de justiça, pode ser facilmente fonte de conflitos intensos e nada controláveis²⁵¹.

Quanto a questão dos conflitos, vale apontar mais um dos tantos riscos oriundos da vinculação entre Direito e Moral: a sua utilização para impor ou justificar regimes autoritários.

Ao falarem da filtragem do Direito com base em valores morais, os neoconstitucionalistas sempre abordam a questão sob uma luz positiva: isto garantiria a satisfação de direitos fundamentais, aumentaria a igualdade e o acesso a serviços públicos, viabilizaria o reconhecimento de relações sociais ignoradas pelo legislador, entre outros. A verdade não é limitada assim.

A segurança jurídica, como visto, tem o objetivo de salvaguardar os direitos reconhecidos pelo Estado, e protege os indivíduos dos possíveis abusos que o ente

²⁴⁵ ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 92.

²⁴⁶ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “Judicial activism and fidelity do law”, cit., p. 138.

²⁴⁷ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO. “Das Obrigações Naturais: Direito ou Moral?”, in ALVES, JOÃO LOPES (Org.). *Liber amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 64-65.

²⁴⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Segurança jurídica e justiça constitucional”, cit., pp. 628-629.

²⁴⁹ HANS KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., pp. 9-10.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

²⁵¹ ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 92.

público possa ter a intenção de praticar contra os seus cidadãos. Uma das principais garantias nesta proteção é a instauração de um Judiciário independente e forte, que possa determinar o respeito à Constituição e aos direitos individuais. Esta atuação judicial é oriunda da lei, da norma posta, pois foram as constituições nacionais, em geral, que criaram órgãos judiciais com esta capacidade. Ao permitir que o juiz se afaste da lei positivada e passe a adotar critérios subjetivos na tomada de decisões, chegando-se até a permitir que ignore a norma superior do Estado nesta busca pelo seu ideal de justiça, retira-se a força do Direito, que perde todo o seu aspecto de garantidor de segurança e estabilidade para passar a ser aquilo que o agente público quiser em um determinado momento, em razão de alguma razão de interesse público ou não.

Este posicionamento despreocupado com a força jurídica das normas legais pode ser transferido para outros agentes públicos, que também passariam a ver o Direito como aquilo que o detentor do poder quer que ele seja, de acordo com os seus valores morais. As decisões do chefe estatal passariam a ser superiores à ordem jurídica posta. Perder-se-ia a objetividade jurídica, e passar-se-ia a privilegiar as escolhas morais do poder político.

Ao ver o Direito desta forma, qualquer agente público, principalmente um Chefe de Estado que pretende ser absoluto, pode impor os seus valores morais sobre a ordem jurídica, e isso pode ter consequências irreversíveis para a democracia.

Existem atualmente ao redor do mundo regimes nos quais a ética da religião dominante (um dos tipos de Moral acima listados) se confunde ou até se sobrepõe à ordem jurídica, causando todo tipo de excessos e ofensas a ideais contemporâneos de igualdade e de dignidade. Em um processo temporal no qual aos poucos a segurança do Direito vá sendo diminuída em prol da imposição de valores morais, primeiro do julgador e depois do administrador, algo assim pode vir a acontecer. E existe exemplo histórico recente disto.

No período anterior à Segunda Guerra Mundial, quando os regimes fascista e nazista se instalavam em Itália e Alemanha, respectivamente, os juízes de ambos os países adotaram posições distintas. Enquanto os juízes italianos firmaram a vinculação à lei escrita e ao ordenamento jurídico positivo, opondo-se às

discrecionariedades administrativa e judicial²⁵², os juízes alemães foram complacentes aos ideais nazistas, aderindo, durante a década de 1920, a posições que defendiam a discrecionariedade judicial e a superioridade dos interesses políticos à ordem constitucional-legal. Quando os regimes absolutistas foram definitivamente instaurados, os juízes alemães não haviam como defender a ordem legal, que teve toda sua força de proteção mitigada por eles próprios no período anterior, o que possibilitou os conhecidos abusos praticados pelo regime nazista²⁵³.

Por isso, bastante perigosa a vinculação entre Direito e Moral. Longe de ser uma garantia de respeito e promoção dos direitos fundamentais, é um enfraquecimento do Direito que, além de gerar plena insegurança jurídica, pode ser utilizada como sustentação de um regime autoritário. Não é coincidência que a tese de unidade entre Direito e Moral sempre ressurgja em sociedades dominadas por pensamentos totalitários²⁵⁴.

Neste ponto, é interessante mencionar que o neoconstitucionalista Ramiro Ávila Santamaría reconhece que a Moral justificou a instauração de diversos governos autoritários, enquanto o Direito Positivo garantiu a limitação dos governos a normas pré-estabelecidas, deixando claro que, apesar de sua defesa à vinculação entre Direito e Moral, isto pode se contrapor aos ideais defendidos pela democracia²⁵⁵.

Desta forma, conclui-se que a vinculação entre o Direito e a Moral é fadada ao fracasso, o que é evidenciado pelo confronto entre os posicionamentos dos próprios neoconstitucionalistas, que não possuem posição pacificada nesse sentido. Alguns defendem uma vinculação plena, enquanto outros rejeitam totalmente qualquer conexão. Já aqueles que adotam uma posição intermediária não parecem defender uma real vinculação entre a disciplina jurídica e os valores morais presentes na sociedade, mas apenas sustentam o reconhecimento do conteúdo axiológico da Constituição, o que, como visto, é plenamente aceito pelo positivismo, face a necessidade de respeito à força normativa das normas constitucionais.

²⁵² MAURO CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?*, cit., p. 114.

²⁵³ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR. "Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios", in *O Direito*, ano 143, II. Lisboa: Almedina, 2011. pp. 283-284.

²⁵⁴ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, "Das Obrigações Naturais: Direito ou Moral?", cit., p. 61.

²⁵⁵ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *Neoconstitucionalismo Transformador...*, cit., p. 223.

Assim sendo, além de servir apenas como proteção para um subjetivismo judicial, a utilização de argumentos morais para limitar ou afastar normas jurídicas não possui razão de ser. Sobressai-se desta análise que o jogo democrático, a participação coletiva nas decisões públicas, é o que realmente garantirá o respeito às mais diversas pretensões e valores existentes em uma sociedade, sendo a fixação de valores morais absolutos por um órgão não eleito uma verdadeira ameaça à liberdade.

1.8 Análise crítica: o que é o Neoconstitucionalismo?

Como já observado ao longo dos tópicos acima, o neoconstitucionalismo é repleto de fragilidades, que impedem o seu reconhecimento como teoria de Direito ou de Estado.

Luís Prieto Sanchís entende que o neoconstitucionalismo pode ser visto como (i) uma teoria de Estado, pois descreve um novo modelo institucional de organização política; como (ii) uma teoria do Direito, que explicaria as características do novo modelo de Estado; e como (iii) uma ideologia, que fundamenta e defende essa nova organização²⁵⁶. Não se observam, porém, critérios estáveis entre os seus mais diversos autores para que o fenômeno possa ser entendido como teoria de Estado ou de Direito. A primeira dificuldade quanto a isto surge da diversidade de compreensões nesses quesitos presentes na doutrina que se vincula ao movimento.

Essa divergência começa já na exposição da origem do fenômeno, vez que os seus autores não conseguem traçar fatores uniformes que teriam levado ao surgimento do neoconstitucionalismo. Mas os maiores problemas de divergência se encontram nos posicionamentos acerca da separação de poderes, da vinculação entre Direito e Moral e da interpretação constitucional. Em relação a nenhum desses pontos, essenciais para a fixação de uma teoria de Direito e de Estado, há como se extrair com segurança um posicionamento neoconstitucional remotamente uniforme.

Apenas para rememorar: quanto à separação de poderes, todos os autores entendem que houve uma modificação em relação à teoria clássica. No entanto, o

²⁵⁶ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit., p. 123.3

grau em que isto aconteceu, e as suas consequências práticas para a ampliação de poderes judiciais, divergem demasiadamente. Daniel Sarmento, por exemplo, defende um total ativismo judicial somente no que concerne aos direitos fundamentais, afirmando que questões como Economia e regulação devem ser deixadas a cargo dos Poderes políticos²⁵⁷. Ana Paula de Barcellos, por sua vez, defende uma fiscalização ampla do Judiciário sobre todas as ações dos Poderes políticos, sustentando até a possibilidade de o juiz determinar as políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, em substituição do legislador/administrador²⁵⁸. Jorge Ferraz de Oliveira Júnior, por outro lado, defende uma atuação mais ativa do Judiciário, mas reconhece a limitação do poder para se manifestar sobre certas questões, inclusive referentes a direitos fundamentais²⁵⁹.

Isto também se apresenta na vinculação do Direito à Moral: Ramiro Ávila Santamaría defende a interpretação das normas constitucionais de acordo com valores morais, mas sempre com respeito ao ordenamento positivado²⁶⁰; Jorge Ferraz de Oliveira Júnior defende que os valores morais podem levar até ao afastamento de normas constitucionais; Walber de Moura Agra sustenta uma vinculação extensa entre Direito e Moral²⁶¹; Paolo Comanducci rejeita a vinculação entre ambos²⁶².

No que se refere à interpretação constitucional, ainda que a ponderação seja vista como a técnica mais adequada para a interpretação constitucional, a forma como deve ser utilizada é objeto de divergência: Carlos Manuel Villabella Armengol defende uso amplo da técnica, a fim de que os comandos constitucionais sejam otimizados²⁶³; Rafael Enrique Aguilera Portales defende um respeito maior à norma positivada, que ainda deve servir de limite ao intérprete²⁶⁴; já Jorge Ferraz de Oliveira Júnior afirma que a utilização da ponderação nem sempre é justificada,

²⁵⁷ DANIEL SARMENTO, "O neoconstitucionalismo no Brasil...", cit., p. 102.

²⁵⁸ ANA PAULA DE BARCELLOS, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais...", cit., p. 28.

²⁵⁹ JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Ativismo judicial (ou jurídico)...*, cit., p. 91.

²⁶⁰ RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *Neoconstitucionalismo Transformador...*, cit., p. 134.

²⁶¹ WALBER DE MOURA AGRA, "Neoconstitucionalismo e superação do positivismo", cit., p. 440.

²⁶² PAOLO COMANDUCCI, "Formas de (neo)constitucionalismo...", cit., pp. 96-97.

²⁶³ CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL, "Constitución y democracia...", cit., p. 52.

²⁶⁴ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, "Las transformaciones del estado contemporáneo...", cit., p. 14.

havendo casos em que a subsunção é a técnica mais recomendada, e rejeita julgamentos subjetivos²⁶⁵.

Não havendo convergência doutrinária quanto a essas questões, resta prejudicada a formulação de uma teoria de Direito ou de uma teoria de Estado neoconstitucional, vez que esses pontos são elementares para ambas as configurações. Acrescido a isto, há a fragilidade dos entendimentos comuns. Ainda que se ignorasse essa divergência ampla na doutrina, o que se aceita apenas para fins argumentativos, o que restaria seriam construções teóricas frágeis que se afastam das exigências democráticas basilares de um Estado firmado a partir de uma constituição.

Como já exposto nos tópicos correspondentes, o Estado Democrático de Direito não pode estar sustentado em um modelo de supremacia judicial que retire os poderes da arena política. Isto, inevitavelmente, limita a participação popular e coloca todas as decisões fundamentais do Estado na mão de um pequeno grupo de pessoas que não respondem ao povo. Este quadro apenas se agrava se for aceita uma interpretação constitucional baseada em uma técnica que privilegia subjetivismos (ponderação, em especial da forma como feita pelos neoconstitucionalistas), ainda mais se for permitida a inserção de valores morais nesse processo.

Deste modo, somente a análise destes três pontos principais – separação de poderes, interpretação constitucional e vinculação entre Direito e Moral –, nos quais realmente se enxergaria alguma diferenciação do neoconstitucionalismo em relação ao positivismo, impedem o reconhecimento de uma teoria neoconstitucional. Mesmo que fossem rejeitadas as divergências entre seus autores, permaneceriam as fragilidades teóricas desses posicionamentos.

Destarte, não havendo como extrair posicionamento uno ou teoricamente sólido dos autores que se afiliam ao movimento, não se entende como seria possível aceitar uma teoria, de Direito ou de Estado, neoconstitucional.

Além desses pontos, o que sobra são características constitucionais plenamente aceitas pelo positivismo desde muito tempo.

A força normativa da Constituição não é um fato inovador, sendo característica de diversas constituições há décadas – no caso dos Estados Unidos, há

²⁶⁵ JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Ativismo judicial (ou jurídico)...*, cit., pp. 86-88.

dois séculos. A proeminência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a impregnação das normas constitucionais em todos os ramos do Direito são consequência lógica da superioridade hierárquica e da força normativa da Constituição, sendo plenamente aceitas pela doutrina em geral, inclusive a positivista. As mudanças na estrutura do Estado e na separação de poderes também são fatos conhecidos, advindos das próprias constituições e das mudanças na concepção de democracia ocorridas na sociedade e na comunidade jurídica ao longo das últimas décadas.

Consequentemente, não há outra conclusão possível senão a inexistência de uma teoria de Direito ou de uma teoria de Estado neoconstitucional, vez que inexistem os critérios básicos para que se possa reconhecer isto. Esta conclusão é corroborada inclusive por autores neoconstitucionalistas.

Rafael Enrique Aguilera Portales afirma que “o neoconstitucionalismo constitui um termo não unívoco e homogêneo, que indica objetos muito diferentes e autores muito distintos”²⁶⁶. Quanto à falta de inovação da teoria, Jorge Silva Sampaio, apesar de se afiliar à corrente, reconhece que o neoconstitucionalismo não resulta em uma teoria do Direito inédita, vez que “aquilo que se defende genericamente em sede das teses neoconstitucionalistas não diverge muito das propostas positivistas mais recentes”. O autor ainda menciona que o “constitucionalismo não tem por intuito afastar, pura e simplesmente, o positivismo, nem sequer tem de ser contraditório com o mesmo”²⁶⁷. Esta conclusão, observe-se, colide frontalmente com o que o próprio autor expôs ao longo de seu artigo.

O mesmo é repetido por autores críticos ao movimento. Susanna Pozzolo, que criou o nome mas se afastou do movimento posteriormente, reconhece que o termo “não tem sentido único”²⁶⁸ e afirma que “ainda que tenha sido pensado para identificar uma perspectiva jusfilosófica antijuspositivista, logo [o neoconstitucionalismo] se converteu em um termo ambíguo: sua extensão e

²⁶⁶ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., pp. 9-10.

²⁶⁷ JORGE SILVA SAMPAIO, “Neoconstitucionalismo?...”, cit., p. 57.

²⁶⁸ SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, cit., p. 188.

vertiginosa difusão no léxico de jusfilósofos e constitucionalistas ampliou sua capacidade denotativa reduzindo suas potencialidades conotativas”²⁶⁹.

Criticando enfaticamente o neoconstitucionalismo, deve ser mencionado Riccardo Guastini, o que talvez surpreenda alguns. Como alertado anteriormente, o autor é muitas vezes mencionado como referência neoconstitucionalista, em especial nas características definidoras de um estado constitucionalizado – como o fazem Miguel Carbonell e Jorge Silva Sampaio, acima mencionados. Entretanto, Guastini²⁷⁰ critica profundamente o movimento, por entender que “o neoconstitucionalismo consiste em um amontoado (com limites indeterminados) de posturas axiológicas e teses normativas, entre as quais não é fácil identificar uma teoria propriamente reconhecível e suscetível de discussão”²⁷¹.

Rejeitando a ideia de que a inserção das constituições no topo do ordenamento jurídico tenha modificado qualquer coisa na teoria do Direito, Guastini entende que a força normativa da Constituição é apenas um prolongamento do ideal da *rule of law*, e não algo inédito²⁷². O autor ainda rejeita a vinculação do Direito à Moral e se opõe à rejeição neoconstitucionalista da técnica da subsunção, acreditando que “a insistência na ideia de que os princípios não admitem subsunção é um testemunho da grande ignorância que reina entre os juristas em matéria de raciocínio jurídico em geral e de subsunção em particular”²⁷³.

Elival da Silva Ramos adota entendimento semelhante. Enxergando a corrente como “antipositivista”, o autor afirma que o neoconstitucionalismo é uma “elaboração imersa em tamanhas fragilidades que não passa de um modismo intelectual”, que, pelo “recurso frequente a uma retórica vazia e passionalista” e um “difuso moralismo jurídico”, é apenas um “fator de impulsão ao ativismo judiciário”, uma vez que permite que os juristas interpretem as normas de forma subjetiva e

²⁶⁹ SUSANNA POZZOLO. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, in CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 165.

²⁷⁰ A “apropriação” de Riccardo Guastini pelos neoconstitucionalistas pode também ser apontada como um problema da teoria. Afirmar que um autor tão crítico ao movimento faria parte dele, além de inserir em seus quadros autores que possuem posicionamentos que frontalmente se opõem à corrente, como é o caso de Hans Kelsen, demonstra a fragilidade teórica do neoconstitucionalismo. Ao se vincular a autores de renome, que expressa ou implicitamente se oponham às suas construções, o neoconstitucionalismo apenas se enfraquece e agrava a confusão de suas ideias.

²⁷¹ RICCARDO GUASTINI, “A proposito del neoconstitucionalismo”, cit., p. 231.

²⁷² Ibidem, pp. 231-232.

²⁷³ Ibidem, p. 240.

discrecional²⁷⁴. Quanto a isto, Lênio Streck observa que o neoconstitucionalismo está sustentado “em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial”²⁷⁵.

Apesar de todas essas fraquezas teóricas e uma clara oposição ao constitucionalismo contemporâneo e à democracia, não há como se negar que o neoconstitucionalismo persiste como ideologia, que, mesmo entre sua confusão doutrinária e suas fragilidades argumentativas, influencia ativamente a doutrina jurídica e a jurisprudência, em especial no Brasil.

Logo, ainda que a proeminência dos direitos fundamentais seja reconhecida pelo positivismo, ao ser vinculada aos ideais de justiça e vinculação moral, conforme defendido por autores do neoconstitucionalismo, serve de fundamento para que o juiz exerça sua função com ampla discricionariedade. Da mesma forma, a compreensão neoconstitucionalista acerca da separação de poderes, embora claramente frágil e inconsistente com critérios básicos de um Estado democrático, leva ao entendimento de que o Judiciário é supremo e pode usurpar funções legislativas, o que vem sendo utilizado por diversos órgãos judiciais na formulação de suas decisões.

Portanto, ainda que se observem amplas divergências e limitada força teórica em seus fundamentos, o neoconstitucionalismo representa uma perigosa ideologia, que busca influenciar os aplicadores do Direito a abrirem mão de critérios essenciais para a Ciência Jurídica, como a segurança jurídica e a legitimidade democrática para a tomada de certas decisões, em prol de um Estado autocrático, em cujos poderes estão quase que totalmente concentrados no órgão judicial, principalmente no tribunal constitucional. De acordo com essas construções, a corte constitucional passaria a ser a última voz na definição do conteúdo dos direitos fundamentais e, em consequência, na definição das políticas de Estado, podendo revogar qualquer decisão dos Poderes políticos ou impor-lhes a execução das ações que entender necessárias; poderia até mesmo modificar os orçamentos públicos e redefinir as prioridades estatais, obrigando que os órgãos eleitos agissem da forma que entendesse correta.

²⁷⁴ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., pp. 279-285.

²⁷⁵ LENIO LUIZ STRECK, “Contra o neoconstitucionalismo”, cit., p. 17.

Deste modo, a conclusão a que se chega é que defender o neoconstitucionalismo é, inevitavelmente, violar a Constituição, uma vez que os fundamentos da corrente não se adequam ao ordenamento jurídico brasileiro, estando mais “para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de ‘não-constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”²⁷⁶.

Por essa razão, mantém-se a necessidade de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de apurar se a corte constitucional brasileira está sendo influenciada pelo neoconstitucionalismo. Afinal, que o tribunal máximo de uma nação se deixe influenciar por ideologia tão frágil e que representa riscos democráticos tão severos deve ser objeto de preocupação acadêmica.

Nesta análise, o neoconstitucionalismo será tido como ideologia propulsora de um ativismo judicial imoderado²⁷⁷, tendente a desrespeitar os limites estabelecidos entre os Poderes de Estado, garantindo à esfera judicial amplos poderes para a imposição de suas preferências políticas e valores morais.

Buscar-se-á, então, na jurisprudência do STF, os seguintes critérios, que, se utilizados em suas decisões, indicarão sua influência pelo neoconstitucionalismo: (1) utilização de argumentos morais não positivados; (2) reconhecimento de poderes judiciais que não tenham sido outorgados pela Constituição ou pela legislação; (3) imposição das preferências políticas do tribunal em detrimento das escolhas legítimas feitas pelo órgão legislativo ou pelo administrador; (4) supremacia judicial absoluta para definição de questões afeitas aos direitos fundamentais; (5) não aplicação das normas constitucionais ou legais com base em critérios de justiça ou valores morais; e (6) proeminência de princípios em detrimento às regras.

Encontrar essas características nas decisões do órgão certamente será uma tarefa difícil, vez que dificilmente o órgão falará expressamente que é superior aos órgãos políticos ou que está impondo suas ideologias à população²⁷⁸. Por isso, será feita uma análise não apenas dos argumentos expressos nas decisões, mas também

²⁷⁶ HUMBERTO ÁVILA, “Neoconstitucionalismo’...”, cit., p. 19.

²⁷⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional...*, cit., p. 368.

²⁷⁸ RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit., p. 18.

de sua consistência com os fatos em análise, de sua coerência com o ordenamento jurídico e de sua integração aos princípios e normas constitucionais relevantes para a atividade de controle de constitucionalidade²⁷⁹, a fim de que se possa tentar desvendar a real fundamentação decisória.

Todavia, antes de proceder-se a esta análise, cabe expor a atuação de um tribunal constitucional que consideramos ideal, a fim de que fiquem claros os critérios de filtragem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²⁷⁹ CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, cit., p. 267.

II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERIOR

Tendo sido analisados o conceito de neoconstitucionalismo e a visão do movimento acerca do papel do Judiciário no controle da atuação dos demais Poderes, bem como apresentados os argumentos opostos a estes entendimentos, é importante delimitar o entendimento que será adotado neste trabalho como parâmetro de análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Firmar um entendimento próprio é importante para que se possa apurar não só se o neoconstitucionalismo influencia a jurisprudência do tribunal, mas também se a atuação da corte está adequada às suas responsabilidades democrático-constitucionais, o que é relevante para a apresentação de conclusões mais completas acerca da atuação da corte superior brasileira.

A questão do controle judicial de constitucionalidade dos atos praticados pelos Poderes políticos é tema de debates conflituosos desde a “criação”²⁸⁰ de tal possibilidade pela Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. À época da decisão, os críticos acusaram o tribunal de, entre outras questões, desrespeitar a vontade popular e enfraquecer a democracia²⁸¹, críticas que persistem até os dias de hoje contra qualquer órgão que exerça a jurisdição constitucional.

Desde lá, muito se discute acerca dos limites dessa atuação, e os conflitos entre o Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo não parecem estar mais amenos. Ainda assim, a doutrina elaborou certas diretrizes para a atuação judicial nesse aspecto, o que compete a este trabalho analisar, em especial no que concerne à atuação da corte constitucional superior de um país.

²⁸⁰ Conforme já mencionado anteriormente, há entendimentos doutrinários nos Estados Unidos que observam que a *judicial review* já estava estabelecida de forma limitada nos tribunais estaduais norte-americanos (BARRY FRIEDMAN. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I...”, cit., p. 376).

²⁸¹ CRAIG GREEN. “An Intellectual History of Judicial Activism”, in *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5. Atlanta: Emory University School of Law, 2009. p. 17.

II.1 Papel ideal de uma corte constitucional no controle judicial da atuação dos demais Poderes e a democracia

Apesar de ainda estarem muito presentes hoje em dia as acusações de atuação antidemocrática da jurisdição constitucional, é um fato reconhecido²⁸² que este poder existe e deve ser exercido pelo Judiciário²⁸³.

Obviamente, não se poderia entender de forma diferente, uma vez que boa parte das constituições democráticas contemporâneas prevê expressamente essa competência e criou mecanismos para que o Judiciário a exerça, além de ter dado garantias aos juízes para protegê-los de pressões políticas, como a independência funcional e a vitaliciedade. Assim, conquanto seja certo que o Estado é constituído de forma democrática – isto é, suas decisões são tomadas pelas maiorias eleitas pela vontade popular –, também é certo que a Constituição instituiu um Judiciário com poderes para controlar os possíveis abusos dessas maiorias, não havendo como ser argumentado em sentido contrário²⁸⁴.

Esse processo de limitação do espaço decisório dos órgãos políticos e a transferência de maiores poderes para o Judiciário ocorreu de forma mais intensa em diversos ordenamentos jurídicos após os abusos praticados na Segunda Guerra Mundial, na qual ficou clara a impossibilidade de conter as maiorias políticas em regimes democráticos absolutos, ou seja, aqueles nos quais não havia um órgão para fiscalizar e limitar as decisões tomadas pelos representantes eleitos. Então, passou a ser competência judicial averiguar se as autoridades políticas extrapolaram os seus espaços de atuação, com a consequente limitação das condutas abusivas. O Judiciário também passou a resolver controvérsias morais e políticas que até então

²⁸² A título ilustrativo, é interessante mencionar que Hans Kelsen já defendia a possibilidade de controle jurídico da constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, bem como sua necessidade para a efetividade da Constituição, em 1928, quando o constitucionalismo nesse aspecto ainda era bastante frágil (*Jurisdição constitucional*, tradução: Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 179-186).

²⁸³ A doutrina nesse sentido é bastante numerosa, citando-se nesta ocasião alguns trabalhos que refutam expressamente as acusações de ausência de legitimidade: RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit.; ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL. “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, in *Faculty Scholarship Series*, n 178. New Haven: Yale Law School, 2004; RONALD DWORKIN. “Constitutionalism and democracy”, in RICHARD BELLAMY (ed.). *Constitutionalism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2016; VINCENT MARTIN BONVENTRE, “Judicial Activism, Judges' Speech...”, cit., p. 558.

²⁸⁴ RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit., pp. 15-16.

não estariam sob sua alçada, sendo certo que “a fé que tanta gente depositou no Judiciário é uma das características que definem a nossa época”²⁸⁵.

Nesse contexto, coube à doutrina formular os critérios de compatibilização dessa atuação judicial com os dogmas democráticos, especificamente no que concerne à limitação da vontade popular por um seletivo grupo de juristas não eleitos.

Inicialmente, compete conceituar que, atualmente, a democracia se afastou da ideia moderna de ser simplesmente um governo representativo e passou a ser regida por três princípios: (i) soberania popular: o povo é a fonte do poder; (ii) representatividade: o poder do povo é exercido através de representantes eleitos por ele; e (iii) limitação do poder: existe um sistema de freios e contrapesos e o reconhecimento de direitos fundamentais para todos os indivíduos²⁸⁶. Isto é, a democracia é uma forma de governo que toma suas decisões por meio de representantes eleitos, mas que deve guardar respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias²⁸⁷.

A democracia não é apenas uma forma de governo, é também um ideal de governo, e muitas vezes esse ideal não é alcançado com respeito estrito à forma (decisões pela maioria). Existem diversas áreas em que um poder democrático pode se transformar em uma tirania despreocupada com os direitos das minorias, ou até mesmo com o real intento de prejudicar essas minorias, havendo diversos exemplos ao longo da história – e hodiernamente – em que governos democráticos formularam políticas com intuitos claramente antidemocráticos, como a instituição de segregação racial e a imposição de valores religiosos. É para evitar ou corrigir essas situações e, em consequência, garantir o ideal democrático, que um outro Poder independente e isento – no caso, o Judiciário – é necessário²⁸⁸.

Isto não quer dizer, é claro, que os juízes sejam menos falhos ou necessariamente mais capacitados que os demais Poderes ou a maioria popular, o que é evidenciado pelas divergências dentro de um mesmo órgão judicial. Ou seja, as decisões advindas do Poder Judiciário também conterão falhas, serão objetos de crítica e nem sempre resolverão os problemas que lhe são apresentados. Entretanto,

²⁸⁵ DAVID M. BEATTY, *A essência do Estado de direito*, cit., pp. 2-3.

²⁸⁶ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., p. 63.

²⁸⁷ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 456-457.

²⁸⁸ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. “Judicial activism against austerity in Portugal”, in *Int’l J. Const. L. Blog*, Dec. 3, 2013. pp. 10-11.

a existência do Judiciário como um Poder do Estado com independência e em nível de igualdade com os demais é uma garantia maior de que o Estado não agirá sob a influência de preconceitos, fundamentalismos ou outros tipos de questões antagônicas à democracia²⁸⁹, razão pela qual se defende a necessidade de um controle jurisdicional dos atos políticos.

No exercício dessa atividade de controle, o órgão julgador deve adotar certas diretrizes que garantam a obediência aos limites de sua atividade. Mas encontrar esses limites, em especial quando se tratar de uma corte constitucional decidindo questões difíceis, é problemático, haja vista a complexidade do tema e a existência de diversos posicionamentos antagônicos acerca da questão. Apesar disto, existem dois parâmetros essenciais que devem ser observados: a primazia da Constituição, aliada à *rule of law*, e a separação de poderes.

Quanto ao primeiro parâmetro, a *rule of law* é condição de legitimidade da atividade jurisdicional²⁹⁰, razão pela qual é exigido dos tribunais que construam sua interpretação “através de um processo de raciocínio que seja replicável, que se mantenha relativamente estável e que seja aplicado de maneira consistente” (técnica à qual se dá o nome de interpretação doutrinária)²⁹¹. Em outras palavras, não deve ocorrer decisionismo judicial, mas sim a adoção de critérios já reconhecidos pela jurisprudência.

Não obstante, haverá momentos em que a manutenção da jurisprudência de um tribunal será insuficiente, pois a continuidade do *status quo* abarcado por esses precedentes é insustentável. Nessa situação, o tribunal será obrigado a abandonar a sua jurisprudência e modificar o seu entendimento, tendo que buscar fora da linha de precedentes e até mesmo do texto constitucional o novo posicionamento, como forma de garantir a legitimidade democrática de suas decisões.

Ainda que seja aparente a impropriedade desta técnica interpretativa, já que ela acaba se afastando do texto constitucional e dando azo ao decisionismo judicial – uma vez que pode servir como um guarda-chuva que acoberta diversos entendimentos possíveis acerca da Constituição, que passaria a servir como uma facilitadora dos anseios sociais, e não como limitadora da vontade popular²⁹², o que

²⁸⁹ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “Judicial activism against austerity in Portugal”, cit., p. 11.

²⁹⁰ MICHEL ROSENFELD, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States...”, cit., p. 639.

²⁹¹ ROBERT C. POST, “Theories of Constitutional Interpretation”, cit., p. 19.

²⁹² Ibidem, pp. 24-31.

foi criticado nos entendimentos neoconstitucionalistas –, é essencial em uma sociedade em constante mudança que a norma superior do Estado reflita a identidade nacional em um determinado momento histórico²⁹³. De fato, “uma constituição somente pode construir uma legitimidade democrática com estruturas estáveis e duráveis se estiver fundada no *ethos* fundamental que reflete a característica nacional do povo”²⁹⁴. A manutenção de entendimentos contrários à vontade popular levaria a uma crise política e institucional, como ocorreu nos Estados Unidos com as decisões da Era Lochner²⁹⁵, o que demanda da corte um constante diálogo com o povo para que consiga manter a sua autoridade²⁹⁶.

De todo modo, o ideal é que um tribunal constitucional retire do próprio documento normativo superior e da prática jurisprudencial a resposta para as suas decisões. Apenas quando isto não se demonstrar possível é que deverá recorrer a outras fontes para achar a solução dos casos difíceis que lhe sejam apresentados.

O outro parâmetro relevante para a fixação das diretrizes para a atuação de um tribunal constitucional é o respeito à separação de poderes. Mencionado na Constituição brasileira como independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º), o princípio democrático essencial define a cada um dos Poderes um espaço próprio de atuação, com o objetivo principal de limitar o poder do Estado e garantir o exercício da liberdade individual²⁹⁷. Embora não possa ser esquecido que a separação de poderes não se apresenta, nos complexos ordenamentos democráticos atuais, na forma pura como conceituou Montesquieu²⁹⁸, “a diferenciação entre Legislativo, Executivo e Judiciário [é] um instrumento (relativamente) eficiente para estabelecer um ‘governo moderado’, propício à liberdade e à efetivação dos direitos fundamentais”²⁹⁹.

Com isto, cabe ao Judiciário respeitar os espaços de atuação dos demais Poderes, agindo exclusivamente no limite dos poderes que a Constituição lhe

²⁹³ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p. 28.

²⁹⁴ ROBERT C. POST. “Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity”, in *Faculty Scholarship Series*, n. 189. New Haven: Yale Law School, 2000. p. 186.

²⁹⁵ BARRY FRIEDMAN. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, in *NYU Law School, Public Law Research Paper*, n. 24, 2000. p. 1.385.

²⁹⁶ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., pp. 25/26.

²⁹⁷ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 113.

²⁹⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 490.

²⁹⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., pp. 281-282.

outorgou. Encontrar este espaço “correto” de atuação é dificultoso, mas acredita-se que a principal orientação nessa questão é que o Judiciário siga o papel que, tradicional e teoricamente, lhe foi incumbido pelo ordenamento jurídico. Nas sucintas e esclarecedoras palavras de Canotilho, a função judicial seria a de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”³⁰⁰.

No cumprimento dessas funções, o Judiciário possui características exclusivas que não se aplicam aos demais Poderes. A principal delas é a sua vinculação à lei. Enquanto os Poderes Executivo e Legislativo podem exercer mais livremente sua criatividade e elaborar suas decisões de forma menos restritiva, a função judicial propriamente dita se refere à “garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, pelos atos legislativos”, o que obriga os órgãos judiciais a serem mais contidos no exercício de sua atividade³⁰¹. A função jurisdicional, portanto, tem como objetivo principal o cumprimento da lei (aqui entendida em sentido amplo), e não a criação de normas e políticas públicas inovadoras, reservando-se essa atividade aos Poderes representativos.

A representatividade é outra característica que diferencia o Poder Judiciário dos Poderes Executivo e Legislativo. Enquanto estes são formados por membros eleitos que têm como função precípua concretizar a vontade popular, o órgão judicial não exerce sua atividade com o intuito de representar a vontade popular, mas sim de concretizar as normas constitucionais³⁰². Todavia, não pode ser ignorada a necessidade de legitimação democrática das decisões tomadas pelo Judiciário, especialmente pelo tribunal constitucional, que já foi mencionada e será revisitada logo mais.

No tópico I.4 já foram apresentados contrapontos à visão neoconstitucionalista referente à suposta previsão de juriscentrismo nas constituições, ao que se faz referência no intuito de evitar repetições. Neste momento, é relevante mencionar que o “ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes”³⁰³ depende da aceitação de que os três Poderes exercem funções

³⁰⁰ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 759.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 758.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 113.

necessárias para a manutenção da democracia e para o respeito aos direitos fundamentais da população. Não se pode entender que cabe ao Legislativo ser a voz suprema na definição das normas constitucionais, pois este entendimento poderia prejudicar a força normativa e suprema das normas de direitos fundamentais³⁰⁴, dando espaço à prática de todo tipo de abuso pelos detentores do poder político. Igualmente, afirmar que é tarefa exclusiva do Judiciário a definição do conteúdo da Constituição ignora o importante papel exercido pelos movimentos sociais e pelos Poderes eleitos em desafiar certos preceitos, esquecendo que muitas vezes os tribunais se utilizam da força advinda desses movimentos para tomar suas decisões³⁰⁵.

Carlos Eduardo Dieder Reverbel faz excepcional observação ao ressaltar que “o Estado antes de ser de Direito é de política, de democracia. Neste sentido a melhor expressão para designar o Estado de Direito é Estado Democrático de Direito, e não Estado de Direito Democrático. É a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico. Assim, o juiz fica adstrito ao cumprimento da lei”³⁰⁶.

Com base nesses dois parâmetros (a primazia da Constituição, combinada com *rule of law*, e a separação de poderes), são obtidas as diretrizes que devem guiar a conduta judicial no controle de atuação dos Poderes políticos.

A atuação do Judiciário, inicialmente, deve ser limitada pela natureza das normas aplicáveis a um determinado caso (parâmetro da supremacia da Constituição), e com respeito ao princípio do equilíbrio entre os Poderes (segundo parâmetro). Quando se tratar de uma regra, normas restritas e com conteúdo normativo mais denso, o poder de intervenção judicial é mais amplo, vez que o espaço de atuação dos Poderes políticos naquela situação é mais restrito. Por outro lado, em questões que abordem princípios abstratos, os tribunais devem adotar uma posição de auto-restrição, “apenas revogando as leis que forem manifestamente arbitrárias ou mal concebidas, a não ser que a decisão impacte os interesses ou

³⁰⁴ JORGE REIS NOVAIS. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 92.

³⁰⁵ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p. 34.

³⁰⁶ CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL. “Ativismo Judicial e Estado de Direito”, in *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 4, n.1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009. p. 9.

escolhas daqueles grupos que são vítimas da fúria ou perseguição das maiorias populares”³⁰⁷.

Nessa atividade, o Judiciário possui legitimidade para realizar o controle dos limites, o qual deve levar em consideração a intenção que justifica o ato legislativo, mas sem que isto implique em um reexame judicial acerca das escolhas. O órgão judicial pode apenas realizar um controle externo de constitucionalidade, representado por um “controle de limites externos e de erro manifesto, segundo um critério de evidências”, em respeito à autonomia legislativa³⁰⁸.

Havendo dúvida razoável acerca dos fatos relevantes para o caso, o Judiciário não pode se impor ao legislador, pois é função precípua deste tomar as decisões relevantes para a sociedade, sendo a principal função do juiz apenas o controle de eventuais abusos nessa tomada de decisões. Assim, em casos nos quais não houver certeza acerca dos fatos, podendo-se chegar a múltiplas decisões, cabe ao Poder Judiciário ser deferente ao Legislativo, ainda que isto resulte na limitação de um direito fundamental, vez que o legislador é o democraticamente legitimado para tomar esse tipo de decisão. Essa deferência, é claro, não pode ser cega, devendo haver um controle judicial acerca da análise dos fatos pelo Legislativo, que deve considerar a proporcionalidade entre as restrições ao direito fundamental e a certeza científica acerca dos fatos invocados para justificá-la³⁰⁹.

Afinal, a definição de prioridades e o contato com outras Ciências são questões mais relevantes para a criação das leis, não para sua aplicação. O Direito de fato é o resultado do jogo de poderes sociais, e exigir que o juiz intervenha nisso, se inserindo nesse jogo, abala frontalmente os pilares da democracia³¹⁰. O juiz não é sociólogo, não tem que se imiscuir nessa função e moldar a legislação de acordo com seu entendimento acerca dos fenômenos sociais relevantes para o caso. Mesmo que tivesse amplo conhecimento das necessidades sociais e dos mecanismos necessários para resolvê-las, ainda assim não poderia fazê-lo. A definição de prioridades sociais e a alocação de recursos públicos são atividades tipicamente políticas, dependentes dos objetivos do governo no poder e, em última análise, das escolhas da população relativas aos seus representantes. Desrespeitar isto e atribuir ao juiz e/ou aos

³⁰⁷ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “Judicial activism against austerity in Portugal”, cit., p. 11.

³⁰⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, cit., p. 211.

³⁰⁹ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 615-617.

³¹⁰ LENIO LUIZ STRECK, “A crítica hermenêutica do Direito...”, cit., p. 42.

tribunais poderes tão amplos é, simplesmente, abandonar o modelo democrático de Estado e substituí-lo por um regime autocrático, no qual a população e seus representantes passam a ser meros conselheiros de uma minoria com conhecimentos sobre-humanos acerca do direcionamento da nação.

Para verdadeiramente garantir a concretização dos direitos da população mais vulnerável, deve-se atuar durante a produção legislativa, a fim de promover a adoção de medidas estruturais e a criação de reais direitos a prestações e políticas públicas. Fazer isto através do juiz, situado na ponta final da aplicação da legislação, é, além de antidemocrático, ineficiente e inerentemente excludente, vez que resolve, de forma limitada³¹¹, os problemas daqueles incluídos no processo, mas deixa à margem todos os outros que não serão beneficiados por aquela decisão. Isto não garante a concretização de políticas públicas gerais e estruturantes, mas apenas a execução de ações específicas voltadas para resolver o caso concreto colocado diante do Judiciário.

Assim sendo, a *judicial review* é um processo através do qual devem ser encontrados os princípios que representam a sociedade e aplicá-los ao caso concreto. Neste processo, é obrigação da corte constitucional declarar um princípio que seja duradouro, ou seja, que possa ser aplicado de maneira uniforme em futuros casos. Não é papel de um tribunal superior resolver dúvidas acerca da constitucionalidade de normas com base em critérios de conveniência que somente podem ser aplicados àquele caso específico e que, em situações futuras, tenham que ser amoldados ou distorcidos de acordo com novos critérios de conveniência ou até mesmo abandonados por serem impassíveis de aplicação. Afinal, tomar decisões com base em critérios de conveniência é permitido aos Poderes políticos, mas não ao Poder Judiciário. Caso este não encontre uma solução estável e duradoura para o tema que se apresenta perante si, deve ser deferente à escolha legislativa, uma vez que os princípios a serem proclamados em suas decisões devem possuir, sempre, “significância geral e aplicação equânime”³¹².

Nesse ponto, deve ser observado que, apesar de entrarem em tensão em alguns momentos, a *rule of law* e a autodeterminação democrática são elementos interdependentes e indispensáveis para a aplicação e a durabilidade da

³¹¹ CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, cit., p. 268.

³¹² ALEXANDER M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch...*, cit., p. 58.

Constituição: a autodeterminação precisa da *rule of law* para se manter democrática e não se transformar em facismo; a *rule of law* deve se compatibilizar com a autodeterminação política para reter a sua legitimidade democrática³¹³. Ou seja, para que haja um real Estado Democrático de Direito, deve haver um perfeito equilíbrio entre a *rule of law*, representada pela imposição vinculante dos valores e determinações constitucionais, e a autodeterminação política da maioria, à qual deve ser dado o devido espaço para o estabelecimento das decisões relevantes para a gerência do Estado. Esta concepção deve guiar o Judiciário no controle dos atos políticos.

Não obstante o estabelecimento dessas diretrizes, não há como entender que existam critérios plenamente objetivos para definir o limite da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. Embora existam autores, até mesmo neoconstitucionalistas, que definam categoricamente que o Judiciário deve ser deferente às escolhas políticas em áreas como economia e políticas públicas³¹⁴, enquanto outros, não vinculados ao movimento, defendam que questões que envolvam direitos fundamentais estão amplamente inseridas sob o âmbito de controle judicial³¹⁵, a complexidade da realidade fática muitas vezes foge às elaborações doutrinárias sobre o tema.

Por diversas vezes, a criação de políticas públicas ou de programas financeiros pode ser fatalmente lesiva ao exercício de direitos fundamentais ou a outras garantias constitucionais de igual nível, o que deveria demandar a intervenção do Judiciário para conter os abusos. Por outro lado, a imposição de regulamentações sobre o exercício dos direitos fundamentais pode não representar real prejuízo para o conteúdo protegido pela Constituição, o que demandaria do Judiciário deferência às escolhas tomadas pelo legislador.

Demonstrando a dificuldade na fixação desses parâmetros, José Melo Alexandrino, após mencionar que em Portugal a regra geral é a de que os tribunais não devem intervir na implementação de políticas públicas, apresenta ressalvas. O autor afirma que essa regra geral “não significa: (i) que, na presença de um parâmetro jurídico adequado (seja na base da lei, seja na base dos efeitos de

³¹³ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p. 20.

³¹⁴ DANIEL SARMENTO, “O neoconstitucionalismo no Brasil...”, cit., p. 74.

³¹⁵ INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pp. 319-322.

proteção de normas de direitos fundamentais ou de outros princípios ou regras constitucionais), os tribunais não estejam habilitados, sem com isso interferirem na esfera própria das funções política e legislativa, a apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de um ato ou omissão relevantes no ciclo de uma política pública; (ii) que não seja possível, sobretudo com recurso ao instrumentário do Direito administrativo, vir a acolher futuros novos parâmetros de controlo, capazes de atender a novas exigências colocadas pela transparência, pela eficiência, pela prestação de contas ou, mesmo, pela exigência de fundamentação das prioridades; (iv) ou que não haja zonas especialmente problemáticas (nomeadamente as que se situam na articulação entre a Administração e os partidos), podendo inclusivamente dar-se o caso de ‘políticas privadas’ (como, pode ser o caso, na área do marketing político) estarem a ser promovidas, direta ou indiretamente, com dinheiros públicos (e como se fossem ‘políticas públicas’)”³¹⁶.

Destarte, entendo que a avaliação dos limites de atuação da jurisdição constitucional depende dos fatos concernentes ao caso colocado sob o crivo judicial, não havendo respostas prontas ou modelos pré-estabelecidos a serem aplicados com total objetividade ao caso. Isto, é claro, não quer dizer que as elaborações anteriormente apresentadas não possuam utilidade prática.

Está se dizendo, apenas, que não há critérios fixos, quase matemáticos, para que se conclua em uma operação puramente lógica se o Judiciário excedeu, ou não, os seus poderes constitucionais. O Direito, afinal, é argumentativo, e é a força e o poder de convencimento dos argumentos do juiz ou de seu crítico que determinarão a correção da decisão. Ainda assim, as diretrizes apresentadas servem para auxiliar o Judiciário a guiar sua conduta com absoluto respeito ao princípio da separação de poderes, à *rule of law* e à supremacia das normas constitucionais e de seu efetivo conteúdo, renunciando a qualquer interpretação estritamente subjetiva que tente apenas impor os entendimentos pessoais do julgador, em contrariedade à norma jurídica aplicável ao caso. Igualmente, serve para auxiliar o controle democrático da atuação do Poder, conferindo à doutrina, aos Poderes políticos e até à população critérios coerentes para avaliar a atuação do órgão judicial.

³¹⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?”, in *II Encontro de Professores de Direito Público na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, 16-17 de janeiro de 2009. pp. 13-14.

Utilizando-se desses parâmetros, o julgador deve adotar todas as cautelas para não se desguiar de sua função natural de assegurar o respeito às normas jurídicas, como forma de garantir, em última análise, a proteção aos direitos fundamentais.

Somados a estes critérios, existem questões específicas afeitas aos direitos de liberdade que cabem ser expostas em razão do objeto central deste trabalho.

II.2 Conceito e parâmetros para o controle judicial relativos aos direitos de liberdade

Em resumida e clara conceituação, os direitos de liberdade “são direitos subjetivos de agir segundo a própria vontade, sem impedimento por parte de quem quer que seja. Nada reclamam do sujeito passivo, senão a não oposição”, possuindo direta relação com a liberdade pessoal e a autodeterminação³¹⁷. Opõem-se aos direitos sociais principalmente na conduta demandada do Estado: enquanto os direitos de liberdade são direitos negativos, vez que exigem apenas que o Estado se abstenha de praticar certas condutas, os direitos sociais são positivos, reclamando do ente público a efetiva prestação de um serviço³¹⁸. Também se distinguem dos direitos difusos em razão de estes serem “interesses metaindividuais, ou seja, relativos a todo um grupo de pessoas”, e não poderem ser individualizados, como é o caso dos direitos de liberdade³¹⁹. Esta distinção entre os tipos de direito causa uma consequência prática relevante para a sua eficácia.

Sem querer entrar na discussão acerca da eficácia dos direitos sociais e difusos, objeto de grande debate doutrinário, mas que não possui relevância para a presente pesquisa, observa-se que os direitos de liberdade possuem eficácia imediata, isto é, não necessitam de intervenção legislativa para que possam operar seus efeitos.

A vagueza e abertura das expressões que enunciam os direitos fundamentais de liberdade não são limitações para a sua aplicação imediata, tendo em vista que o seu conteúdo normativo poderá ser determinado através da interpretação

³¹⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., p. 104.

³¹⁸ JORGE REIS NOVAIS. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 42.

³¹⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., pp. 104-105.

constitucional pelos tribunais judiciais, não havendo necessidade de atuação imediata do legislador nessa esfera para que tenham seus efeitos³²⁰. José Carlos Vieira de Andrade realiza observação interessante nesse tema ao afirmar que a regulamentação legislativa dos direitos de liberdade pode nem sempre ser bem-vinda, uma vez que se referem a “domínios ou fenômenos da vida avessos à regulamentação jurídica e por vezes até tendencialmente exógenos ao direito”³²¹.

Quanto a isto, o art. 5º, §1º, da Constituição brasileira e o artigo 18º, 1, da Constituição portuguesa determinam que esses direitos fundamentais possuem eficácia imediata, deixando claro que não é necessária intervenção legislativa para que os direitos de liberdade produzam seus efeitos.

Deste modo, retira-se da própria Constituição o conteúdo necessário para a garantia dos direitos de liberdade. Isto representa, por certo, uma dificuldade para o controle judicial dos atos políticos que envolvam esses direitos, vez que o Poder Judiciário deverá operar com parâmetros menos concretos que aqueles normalmente presentes na legislação ordinária.

Em um Estado Democrático de Direito, é exigido que os tribunais imponham limites à política majoritária a fim de preservar os valores fundamentais da democracia³²², sendo essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito a instauração de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais³²³.

A proteção jurisdicional é especificamente importante em um sistema democrático porque, embora possa se imaginar que maioria democrática não tomaria decisões contrárias aos seus próprios interesses – o que nem sempre é correto –, as decisões políticas em um país são tomadas por representantes eleitos pelo povo, que muitas vezes podem se afastar dos interesses dos seus eleitores e aprovar medidas de seu próprio interesse. Além disso, a democracia também envolve a garantia da proteção de minorias e de comportamentos (ainda que praticados por indivíduos não pertencentes às minorias) que desviem do aceito pela moral coletiva da maioria, ambas situações que podem facilmente ser indevidamente limitadas por uma maioria política despreocupada em respeitar interesses distintos dos seus.

³²⁰ INGO SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 275.

³²¹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, cit., p. 196.

³²² ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p. 20.

³²³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV...*, cit., p. 355.

A necessidade de limitação do poder do Estado é a própria razão da existência dos direitos fundamentais de liberdade. Criados em uma época no qual se opunham ao poder monárquico absoluto, os direitos de liberdade ainda possuem relevante papel em uma sociedade democrática, na qual todo tipo de abuso pode ser praticado contra minorias, pessoas com limitada representação política ou mesmo contra as maiorias. Os direitos fundamentais de liberdade são imprescindíveis para a existência de uma verdadeira democracia, razão pela qual deve existir um Poder de Estado com a função de limitar o eventual exercício arbitrário do poder majoritário, através da garantia dos direitos fundamentais.

Apesar das críticas ao possível caráter antidemocrático do controle judicial³²⁴ – que não serão objeto de análise neste trabalho, por não possui relação direta com o objeto de estudo³²⁵ –, esse controle é essencial para uma democracia, vez que o controle da atuação do órgão de representação majoritário (Legislativo e, em menor grau, Executivo) deve ser feito por órgão de semelhante posição hierárquica, sendo incongruente pensar que o próprio Poder a ser limitado poderia exercer este autocontrole³²⁶.

Esse processo, é interessante observar, ainda assegura que a discussão acerca dos direitos fundamentais – que são “respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder”³²⁷ e por isso demandam redobrada atenção pelo Estado – será realizada por um órgão técnico formado por profissionais treinados ao longo de sua carreira para

³²⁴ Defendendo a ausência de legitimidade judicial: DIEGO MORENO; RODRÍGUEZ ALCALÁ. *Control judicial de la ley e derechos fundamentales: una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

³²⁵ O posicionamento adotado pode ser resumido nas palavras de Hermes Zaneti Jr.: “Não há se falar de uma limitação de sua legitimidade em função de não serem representantes eleitos, de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas. A uma, porque a legitimação deste poder decorre da força normativa da Constituição e das leis; a duas, porque o Poder Judiciário é inerte, necessitando sempre de um órgão legitimado que lhe provoque a atuação” (“A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”, in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 51-52). Podem ser acrescentados a estes dois fatores: os tribunais superiores são compostos por membros escolhidos pelo Senado Federal e existe a possibilidade, no Brasil, de *impeachment* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II, da Constituição Federal). Estes dois fatores ampliam a possibilidade de controle legislativo da conduta dos órgãos judiciais superiores, ajudando a minorar ainda mais as acusações contra sua legitimidade democrática.

³²⁶ RONALD DWORKIN, “Constitutionalism and democracy”, cit., pp. 11-12.

³²⁷ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Cascais: Princípios, 2011. p. 24.

esse tipo de debate. Esses profissionais, em teoria, direcionarão sua análise para questões de princípio, e não para disputas de poder (como ocorreria nos órgãos parlamentares), o que garante maior proteção aos direitos fundamentais e não impede a participação popular, que normalmente ocorre através da externalização de suas opiniões³²⁸, ou dos Poderes políticos³²⁹.

Por essa razão, com as mudanças institucionais geradas pelas constituições contemporâneas, as funções judiciais passaram a ser vistas com um enfoque distinto. Atualmente, o Poder Judiciário tem como funções principais “apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas”; salvaguardar o respeito da Constituição e das leis pelos Poderes Executivo e Legislativo; e, em consequência dessas duas, garantir o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado³³⁰.

A definição dos limites e da forma de atuação do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais possui relação direta com a necessidade de intervenção legislativa para a concretização da norma constitucional³³¹. Nesse sentido, a doutrina elaborou critérios para a classificação das normas com o intuito de orientar a atividade judicante.

José Carlos Vieira de Andrade, por exemplo, tem como referência para sua classificação as normas infraconstitucionais editadas pelo legislador para regular os direitos fundamentais. O autor português classifica-as em normas ordenadoras (“se limitam a introduzir e acomodar os direitos na vida jurídica”), normas condicionadoras (estabelecem requisitos para o exercício dos direitos, mas não chegam a limitar o seu conteúdo), normas interpretativas (interpretam “os preceitos constitucionais a fim de permitir ou facilitar a sua aplicação”, sem acrescentar ou retirar nada ao conteúdo dos direitos), normas conformadoras ou constitutivas (editadas a partir de determinação constitucional, determinam o próprio conteúdo do direito fundamental para além do mínimo previsto na Constituição), normas protetoras (estabelecem “proteções e garantias especiais

³²⁸ RONALD DWORKIN, “Constitutionalism and democracy”, cit., p. 12.

³²⁹ Esta influência ocorre principalmente no momento da escolha dos juízes que ocupam os tribunais superiores. Cass R. Sustein et. al. comprovaram que a influência política neste momento afeta sensivelmente as decisões a serem proferidas pelos órgãos colegiados (*Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006. p. 129).

³³⁰ EMERSON GARCIA. “Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 980.

³³¹ KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA, *O paradoxo dos direitos fundamentais*, cit., p. 289.

para certos direitos ou valores pessoais”), normas promotoras (criam “condições favoráveis ao exercício dos direitos”), normas ampliadoras (“verificam-se quando o legislador alarga o âmbito de proteção do direito tal como é definido pelo preceito constitucional”), normas restritivas (“o legislador visa diminuir ou reduzir efetivamente o conteúdo do direito fundamental”) e normas harmonizadoras (visam dar solução aos conflitos não resolvidos na Constituição, através da “limitação de ambos os direitos ou de um direito e de um valor comunitário”)³³².

As características destas normas influenciam diretamente o controle judicial de atuação do Legislativo.

As normas ordenadoras, conformadoras e condicionadoras, por envolverem escolhas legislativas autônomas que não diminuem o conteúdo do direito fundamental regulado, somente suscitam controle judicial a partir de um critério de evidência, ou seja, quando a inconstitucionalidade for manifesta. Caso isto não ocorra, a escolha do legislador deve ser respeitada. Por sua vez, as normas interpretativas e as harmonizadoras, por regularem especificamente os limites e o conteúdo do direito fundamental, são passíveis de controle judicial total. Já as normas restritivas e protetoras estão sujeitas apenas a um controle judicial de defensabilidade, em razão de o legislador agir compelido por autorização constitucional. Por fim, as normas promotoras e ampliadoras, como não limitam o direito fundamental e nem são emitidas com base em determinação constitucional, são suscetíveis a um controle de evidência, que será exercido principalmente para evitar discriminações³³³.

Humberto Ávila, por sua vez, formulou critérios que, a partir do caso concreto, definiriam os limites do controle judicial sobre os atos dos demais Poderes. Na sua visão, o controle deve ser maior na mesma medida em que estiverem presentes os seguintes critérios: “(1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de

³³² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição...*, cit., pp. 208-217.

³³³ *Ibidem*, pp. 218-220.

suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, direitos fundamentais”. Estando presentes esses critérios, e na medida de “força” da conclusão acerca de cada um, o controle judicial deverá ser proporcionalmente maior³³⁴.

Em sentido oposto, se “(1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição”, o controle judicial deverá ser proporcionalmente menor, haja vista a dificuldade existente para a tomada de uma decisão concreta e objetiva pelo Poder Judiciário³³⁵.

Entendendo que a Constituição ideal deve conciliar as características de ordem-fundamento e ordem-moldura, ou seja, deve obrigar e proibir certas coisas (moldura) e ao mesmo tempo resolver questões fundamentais da sociedade, mas aceitar discricionariedades (fundamento)³³⁶, Robert Alexy formula colocações interessantes acerca do controle judicial.

O renomado autor expõe que, do ponto de vista estrutural, tudo que não é proibido nem imposto pelas normas constitucionais faz parte da discricionariedade do legislador. Assim, a discricionariedade estrutural do legislador se apresenta em três tipos³³⁷: discricionariedade para definir objetivos³³⁸, discricionariedade para escolher meios³³⁹ e discricionariedade para ponderar³⁴⁰.

Já quanto à discricionariedade do ponto de vista epistêmico, porém, o problema se apresenta de forma diferente, duvidando-se até mesmo da existência desse tipo de discricionariedade em razão das incertezas acerca “daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais”³⁴¹.

³³⁴ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, cit., p. 218.

³³⁵ Ibidem, p. 219.

³³⁶ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 584.

³³⁷ Ibidem, cit., pp. 584-585.

³³⁸ “[...] o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos se esse direito contiver uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes” (ibidem, p. 585).

³³⁹ Refere-se aos casos em que a Constituição impõe uma ação legislativa (por exemplo, a concessão de um benefício), mas não delimita o meio que será adotado para se alcançar este fim (ibidem, p. 586).

³⁴⁰ Trata da possibilidade de o legislador poder realizar a ponderação dos interesses em jogo para definir as ações a serem tomadas (ibidem, p. 599).

³⁴¹ Ibidem, p. 612.

Apesar dessa dúvida, Alexy reconhece a existência de dois tipos de discricionariedade epistêmica: (i) empírica, que reconhece ao legislador certa liberdade de escolha quanto à interpretação dos fatos relevantes se não houver consenso acerca do tema, como é o caso da proibição das drogas; (ii) normativa, que privilegia a escolha do legislador quando não existir certeza acerca da melhor solução para o conflito dos direitos fundamentais que se apresenta em um caso, embora se exija do legislador que demonstre que realizou profunda análise e sopeso dos interesses em jogo³⁴².

Assim como exposto em relação aos demais autores, o controle judicial a ser exercido de acordo com os critérios de Alexy é inversamente proporcional à liberdade conferida para a atuação do legislador: quanto maior a liberdade legislativa, menor o controle judicial, e vice-versa.

Apesar da tentativa da doutrina especializada e do grande número de trabalhos elaborados sobre o tema, ainda não foi possível chegar-se a uma solução objetiva e segura acerca dos limites da atuação dos Poderes políticos e do Judiciário nas questões que envolvem os direitos fundamentais³⁴³. No entanto, entendo que as formulações doutrinárias acima mencionadas, apesar de parecerem diversas, possuem certos denominadores comuns que podem ser identificados.

O respeito à atividade legislativa é o primeiro deles. A doutrina que não se identifica como neoconstitucionalista reconhece, sem grandes polêmicas, a importância da atividade legislativa para o exercício e concretização dos direitos fundamentais. Não aceitando ideia segundo a qual é prementemente função judicial a fixação do conteúdo e das condições de exercícios desses direitos, deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre as atuações do Legislativo e do Judiciário, que podem até se opor em determinados momentos, mas são ambas consonantes em sua importância democrática.

Outra característica comum, que apresente relevância para a aplicação prática da deferência ao legislador, é o reconhecimento da inerente limitação da atividade judiciária. Como profissionais do Direito, os juízes, mesmo aqueles de uma corte constitucional, não possuem os conhecimentos técnicos para avaliar complexas decisões políticas, envolvendo áreas das mais diversas, que venham a ser

³⁴² ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 612-613.

³⁴³ KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA, *O paradoxo dos direitos fundamentais*, cit., p. 261.

submetidas para a sua apreciação. O processo judicial também não comporta análises dessa monta, o que inevitavelmente limita a extensão do controle judicial.

Daí se conclui que em diversos casos o julgador deve ser deferente às opções legislativas, em especial quando estiver diante de situações que envolvam complexos conhecimentos técnicos ou nas quais haja dúvidas acerca dos fatos relevantes ao caso ou dos limites dos direitos fundamentais que estão sob risco de limitação.

Ressalve-se que, conquanto defendam deferência ao legislador em certos momentos, nenhum desses posicionamentos cria um impedimento, *prima facie*, para a fiscalização judicial dos atos legislativos. Todos eles admitem – na verdade, defendem – que a matéria seja submetida para a avaliação do órgão judicial, sendo este o responsável pela avaliação do tipo de norma discutido, suas consequências para os direitos fundamentais e o espaço de conformação legislativa. A conclusão dessa análise pode ser a impossibilidade de intervenção judicial na matéria, mas ainda assim a fiscalização judicial deve ser feita, não havendo caso em que é vedado ao Judiciário realizar pelo menos esta apuração.

Portanto, mesmo que a doutrina jurídica ainda não tenha sido capaz de formular critérios claros e objetivos, uma vez que a realidade é muito mais complexa do que a imaginação dos juristas teóricos, os posicionamentos acima mencionados direcionam a atividade judicial, formulando diretrizes sólidas e passíveis de aplicação aos casos concretos, ajudando a dar maior segurança para o sistema de controle judicial dos atos políticos. O não seguimento desses parâmetros possui consequências negativas para o ordenamento jurídico e democrático.

II.3 Desconformidade com a atuação esperada: ativismo e passivismo

A interpretação constitucional por si só é uma tarefa complexa, haja vista a forma como o texto constitucional se apresenta: algumas regras, mas muitos princípios e direitos fundamentais com pouco ou nenhum detalhamento acerca de seu significado e de sua densidade normativa³⁴⁴. Em consequência, um conflito

³⁴⁴ RONALD DWORKIN, “Constitutionalism and democracy”, cit., p. 7. A previsão de cláusulas genéricas vem acompanhada da inserção de certos mecanismos típicos dos sistemas de *common law*. Isto dificulta ainda mais a interpretação constitucional, pois, embora seja um estatuto legal, a Constituição possui características de *common law* (MICHEL ROSENFELD, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States...”, cit., p. 653).

básico para uma corte constitucional é exercer a sua função de garantidora de uma Constituição que muitas vezes revela pouco o que quer dizer, o que deixa o órgão judicial em uma encruzilhada: extrair o máximo dos textos constitucionais, ou manter-se deferente ao legislativo na criação dos significados do conteúdo menos denso? Na primeira hipótese, a corte seria chamada de ativista; na segunda, de passivista. Ambos os conceitos, que revelam situações indesejadas na atuação de qualquer tribunal, merecem ser explorados e definidos, pois relevantes para a posterior avaliação da conduta do Supremo Tribunal Federal.

O termo “ativismo judicial” foi banalizado por boa parte da doutrina jurídica, que passou a utilizá-lo sem qualquer critério na crítica de decisões com as quais discordasse, ou para se referir a qualquer decisão que revogasse um ato legislativo, ou sem qualquer razão aparente³⁴⁵ ³⁴⁶. Entretanto, esta utilização do termo é manifestamente equivocada, em especial porque impede que a partir dele se faça qualquer análise ou se extraia alguma solução para problemas reais na prática jurisprudencial. Resultados contrários a um determinado posicionamento não podem dar a uma decisão a alcunha de ativista, o mesmo podendo ser dito de decisões que revogam leis, uma vez que isto faz parte da atividade regular de uma corte constitucional. Igualmente, erros na atividade judicante podem acontecer por uma infinidade de motivos, em especial por falhas metodológicas na análise dos elementos relevantes para o julgamento³⁴⁷.

Desse modo, deve-se adotar critérios razoáveis e objetivos na elaboração de um conceito de ativismo judicial que dê utilidade ao termo, sob pena de ele não passar de uma filigrana jurídica utilizada para inflamar discursos pouco embasados.

Elival da Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”³⁴⁸,

³⁴⁵ CRAIG GREEN, “An Intellectual History of Judicial Activism”, cit., p. 5. O autor observa que desde que o termo foi inserido no diálogo jurídico – após a publicação do artigo “The Supreme Court”, de Arthur M. Schlesinger, na Revista *Fortune* – o seu conceito não era claro, uma vez que Schlesinger não se preocupou em elaborar um significado preciso para o termo (ibidem, p. 4).

³⁴⁶ Clarissa Tassinari aponta que, atualmente, a característica de ativista é tida como algo inerente ao Judiciário, sendo tomada “como ponto de partida para a composição do cenário jurídico” pela teoria do Direito (“Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do Direito e a atuação do Judiciário”, in LENIO LUIZ STRECK (org.). *A discricionariedade dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. pp. 151-152).

³⁴⁷ CAPRICE L. ROBERTS. “In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative”, in *Tennessee Law Review*, v. 74. Knoxville: Tennessee Law Review Association, 2007. pp. 619-620.

³⁴⁸ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 129.

representado pela “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com *incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”³⁴⁹. O autor, embora adote uma visão crítica ao ativismo judicial, por entender que essa conduta prejudica a separação de poderes, arranjo institucional criado para proteger os direitos fundamentais³⁵⁰, ressalva que a atividade criativa do juiz deve ser preservada.

Ramos defende que a resolução de casos pelo Judiciário é uma atividade naturalmente inovadora e criativa, que não deve se limitar a reproduzir os textos legais, não havendo como ignorar o papel importante exercido pelo intérprete na construção da norma jurídica. O doutrinador reforça, porém, que ainda assim o intérprete deve estar limitado pelo texto legal, uma vez que este “contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado”³⁵¹.

O conceito elaborado por Craig Green se aproxima do formulado por Elival da Silva Ramos na crítica à conduta, por entender que o ativismo judicial é “o abuso da independência judicial, quando é exercida fora dos limites da função judicial”. O professor norte-americano chama as decisões ativistas de “decisões não-judiciais”, vez que existentes além dos poderes do órgão judicial, e afirma que “o conceito de ativismo judicial [...] existe para delinear o uso inapropriado do poder e da discricionariedade judiciais que vão de encontro a normas culturais concernentes à função judicial”³⁵².

A observação quanto às “normas culturais” é um importante elemento na conceituação do que seria o ativismo judicial. Diferente do que alguns afirmam, revogar decisões legislativas ou administrativas não significa necessariamente ser negativamente ativista. Uma decisão que sustente demasiada deferência aos Poderes políticos e que leve a limitações aos direitos fundamentais ou a um alargamento do poder estatal incompatível com o delimitado na Constituição pode ser considerada uma decisão ativista, pois iria de encontro ao sustentado na comunidade acadêmica e na prática judicial, mesmo que mantivesse a decisão legislativa. Do mesmo modo, uma decisão que revogue uma lei pode ser considerada

³⁴⁹ ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial...*, cit., p. 308.

³⁵⁰ *Ibidem.*, p. 113.

³⁵¹ *Ibidem.*, pp. 119-137.

³⁵² CRAIG GREEN, “An Intellectual History of Judicial Activism”, cit., pp. 21-23.

não-ativista se a norma legal era contrária à Constituição, sendo o ato judicial um mero exercício regular da função judicante³⁵³.

Aproximando-se desta ideia, Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que o ativismo judicial é “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”³⁵⁴.

Note-se que Campos aceita a prática de atos “político-normativos” pelo Judiciário como possivelmente legítimos. Como o autor não segue posição de que o ativismo é necessariamente negativo, continua classificando essa conduta como ativista. Nisto, diverge de Craig Green, que enxerga o ativismo sempre como algo negativo, deixando de enquadrar determinada decisão como ativista se nela observar um exercício de poder judicial legítimo.

Por sua vez, Elival da Silva Ramos, que também enxerga o ativismo como sempre negativo, não ignora o caráter criativo da atividade judicial. Na visão do autor, desde que houvesse respeito aos limites impostos pela lei, a decisão seria legítima e, portanto, não ativista, mesmo que representasse uma inovação jurisprudencial e criasse formulação jurídica até então inexistente.

Em caminho semelhante trilha Carlos Eduardo Dieder Reverbel, que entende que o ativismo judicial ocorre quando “o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política”, o que gera como consequência a realização, pelo julgador, de uma “má política, por meios jurídicos”. O autor conclui de maneira bastante incisiva que o “ativismo judicial acaba com o Estado de Democracia, com a roupagem de estar instaurando um verdadeiro Estado de Direito”³⁵⁵.

Com o devido respeito aos últimos autores, entendo que enquadrar o ativismo judicial como necessariamente negativo esvazia o conceito e continua deixando o termo vulnerável à banalização. Como bem observado por Ramos e

³⁵³ CRAIG GREEN, “An Intellectual History of Judicial Activism”, cit., pp. 26-27.

³⁵⁴ CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, “Explicando o avanço do ativismo judicial...”, cit., pp. 352-353.

³⁵⁵ CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL, “Ativismo Judicial e Estado de Direito”, cit., pp. 8-10.

Green, e sustentado por outros autores³⁵⁶, é inerente à atividade jurisdicional ser inovadora, romper paradigmas até então estabelecidos, criar direitos até então desconhecidos, modificar o *status quo*. Os juízes possuem a obrigação de extrair do frio texto legal normas jurídicas que devem regular situações que não foram antecipadas pelo legislador, muito menos pelo constituinte originário. No exercício dessa função, é natural que adotem posicionamentos inimagináveis até pouco tempo antes, que dirá quando as normas constitucionais foram editadas.

A Constituição norte-americana, a primeira das democracias contemporâneas, é um excelente exemplo disso, em razão de ainda ser utilizada para resolver problemas que só passaram a existir mais de dois séculos após sua promulgação. Os *Founding Fathers* não poderiam imaginar que um dia tentar-se-ia instaurar um sistema público de saúde no país, e que esta questão seria levada à Suprema Corte para ser decidida com base nas resumidas normas constitucionais do país. Ainda assim, isto aconteceu, e uma decisão foi tomada pelo tribunal. Nestes casos, as decisões naturalmente se afastam dos paradigmas até então estabelecidos para o significado das normas constitucionais e para a própria atuação da jurisdição constitucional. Como poderia ser dito, então, que não se está diante de uma decisão ativista?

É interessante notar que até meados do século passado entendia-se que a maior parte da *Bill of Rights*, que teve seus artigos aceitos como emendas à Constituição do país, não vinculava os Estados norte-americanos, mas apenas o governo federal. As decisões da Suprema Corte que mudaram esse entendimento foram acusadas de excederem os poderes do tribunal. Hoje, a vinculação dos Estados é vista como natural e, por muitos, como sempre existente³⁵⁷, e uma possível decisão que desfizesse esse entendimento seria, agora, considerada ativista.

Como o próprio Craig Green observa, “os parâmetros de ativismo judicial são construídos a partir de um conjunto de exemplos históricos e princípios consagrados”, ou seja, eles mudam conforme o tempo³⁵⁸. Por isso, é necessário retirar do conceito de ativismo judicial um caráter pejorativo, uma vez que sua ocorrência pode significar algo positivo para o sistema constitucional.

³⁵⁶ EROS GRAU, *Por que tenho medo dos juízes...*, cit., pp. 79-81; ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p. 28.

³⁵⁷ VINCENT MARTIN BONVENTRE, “Judicial Activism, Judges' Speech...”, cit., p. 566.

³⁵⁸ CRAIG GREEN, “An Intellectual History of Judicial Activism”, cit., pp. 47-48.

Corroborando esta afirmação, e ajudando a tornar mais objetiva a verificação de uma decisão ativista, é importante mencionar classificação formulada a partir das lições de três autores norte-americanos que, combinadas, são um excelente guia na avaliação das decisões judiciais. Essa classificação foi adotada em trabalho anterior de minha autoria, do qual se pede vênica para citação em função da identidade da matéria.

Podem ser identificados oito tipos de ativismo na análise combinada dos autores William P. Marshall³⁵⁹, Ernest Young³⁶⁰ e Keenan Kmiec³⁶¹. A maior parte desses critérios são comuns aos três (contramajoritário, não originalista, contra precedentes, jurisdicional e curativo). Um deles é resultado da junção do ativismo partidário de Marshall e Young e do *result-oriented* de Kmiec, por motivos que serão explicados em sua análise, e o tipo maximalista é exclusivo de Ernest Young.

A ocorrência do ativismo judicial é verificada através da análise da própria decisão judicial, da qual se extraem certas características a partir de sua fundamentação e de sua conclusão que, objetivamente analisadas, evidenciam, ou não, seu caráter ativista. Cada tipo de ativismo possui critérios distintos que o definem, conforme listado abaixo:

- i) Contramajoritário: recusa do Judiciário em ser deferente às decisões dos Poderes eleitos;
- ii) Não originalista: não seguimento restrito do texto constitucional/legal ou do seu significado quando originariamente editado;
- iii) Contra precedentes: não seguimento dos precedentes judiciais;
- iv) Jurisdicional: ampliação dos poderes do órgão judicial por ele próprio;
- v) Criativo: criação de novas teorias e direitos;
- vi) Curativo: utilização do poder judicial para impor a adoção de certas políticas públicas, às vezes mantendo a implementação dessas políticas sob fiscalização do Judiciário;
- vii) Maximalista: utiliza fundamentos abrangentes e desproporcionais com o problema em análise;

³⁵⁹ WILLIAM P. MARSHALL. "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", in *University of Colorado Law Review*, v. 73, n.2. Boulder: University of Colorado, 2002.

³⁶⁰ ERNEST A. YOUNG. "Judicial activism and conservative politics", in *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4. Boulder: University of Colorado, 2002.

³⁶¹ KEENAN D. KMIEC. "The origin and current meanings of judicial activism", in *California Law Review*, v. 92, n. 5. Berkeley: University of California, 2004.

viii) Orientado para resultados: junção do ativismo partidário de Marshall e Young com o *result-oriented* de Kmiec, ocorre quando uma decisão visa atingir um determinado objetivo prévio, seja a proteção de uma concepção partidária (ativismo partidário dos primeiros autores) seja uma concepção ideológica (*result oriented* do segundo). Juntou-se os dois tipos em um mesmo em razão de as suas causas e consequências serem as mesmas: o processo interpretativo do Direito e de elaboração da fundamentação decisória é maculado pois o juiz apenas busca uma forma de justificar concepção prévia que possui sobre o problema, não importando se esta concepção possui raízes políticas, ideológicas, morais, etc. É um ativismo muitas vezes difícil de ser identificado, vez que a habilidade do juiz na formulação de sua argumentação e a abertura de significado das normas constitucionais podem mascarar a intenção escusa do julgador.

Como se observa, existem diversos motivos pelos quais uma decisão pode ser considerada ativista, que podem se estender desde a ausência de deferência às decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo até o não seguimento da jurisprudência do próprio órgão julgador.

Ressalte-se que os critérios são cumuláveis, ou seja, na mesma decisão pode ser verificada a ocorrência de mais de um tipo de ativismo. No entanto, não é necessário que mais de um critério esteja presente para que a decisão seja considerada ativista, bastando a presença de apenas um deles para que seja assim classificada.

Ainda, uma decisão pode ter elementos ativistas e autocontidos. Como exemplifica Ernest Young, “uma determinada decisão pode ser ‘contida’, por exemplo, no sentido de se abster de anular uma lei estadual, mas pode ser ‘ativista’ pois, para isto, a corte pode precisar ir contra precedente”^{362 363}.

Esta complexidade acerca de sua ocorrência demonstra que certas posições acerca do ativismo judicial devem ser revistas.

³⁶² ERNEST A. YOUNG, “Judicial activism and conservative politics”, cit., p. 1.143.

³⁶³ Trecho originalmente escrito, com algumas alterações, no relatório *A influência do neoconstitucionalismo para o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos sociais*, cit., pp. 14-15.

Inicialmente, sugere-se que se abandone a ideia de que uma decisão *é* ou *não é* ativista, como se fosse um julgamento de absolutos. Uma decisão pode ter elementos ativistas (por exemplo, se afastar da jurisprudência até então adotada pelo tribunal), mas veicular um posicionamento final passivista (sendo deferente às escolhas legislativas). O pronunciamento judicial poderia ser ativista porque revogou uma lei, mas ter feito isto com base na jurisprudência pacificada do tribunal. Assim, o ideal seria falar que a decisão possui *elementos ativistas*, e não que ela é ativista.

O mais importante, porém, diz respeito à utilização do termo em si. Sendo uma expressão completamente trivializada, que não possui grande valor conceitual no meio jurídico, talvez seja a hora de modificar a sua significação, passando-se a empregar expressões mais específicas que delimitem melhor a crítica ou elogio acerca de uma decisão judicial.

Como exposto acima, o ativismo pode ser visto por uns como algo positivo, por outros como absolutamente negativo, e por outros como algo que pode ser bom ou pode ser ruim, dependendo do caso concreto. Isto dificulta bastante qualquer elaboração científica acerca da questão, vez que a Ciência Jurídica (como qualquer outra) precisa de objetividade e de clareza para que possa elaborar os seus conteúdos.

Neste molde, propõe-se a adoção do termo “ativismo judicial” como um gênero, que possa ser subdividido em espécies. Falar-se-ia em ativismo judicial quando se observassem nas decisões judiciais os critérios acima apresentados (criatividade, caráter contramajoritário, maximalismo, etc.), mas sem realizar valoração negativa ou positiva acerca da decisão e da conduta ativista. Seria apenas uma constatação de que foram encontradas na decisão uma ou mais características ativistas. A valoração do ativismo enquadraria a decisão nas espécies desse gênero.

Quando fosse um ativismo negativo, que, por exemplo, tratasse da criação de normas jurídicas pelo juiz sem autorização legal ou constitucional para tal, ou da expansão indevida dos poderes judiciais pelo próprio órgão julgador, a conduta seria conceituada como **usurpação judicial**, uma vez que se estaria diante da substituição indevida dos órgãos competentes pelo órgão judicial na tomada de certas decisões. Essa usurpação, note-se, pode ser total ou parcial, diferenciando-se pela total inexistência de autorização legal para criação de normas pelo Judiciário

ou pela existência de autorização, mas exercida com excessos e consequente suplantação dos limites judiciais³⁶⁴.

Por outro lado, quando se tratar de um ativismo positivo, aquele que até a doutrina positivista reconhece, embora não chame de ativismo, como adequado à função judicial e necessário à democracia – como quando o Judiciário reconhece a inconstitucionalidade de lei abusiva aos direitos fundamentais, ou quando cria proteção jurídica diretamente a partir da Constituição sem desfigurar a sua função típica –, poder-se-ia chamá-lo de **ativismo legitimado**.

É claro que a classificação da decisão em uma ou outra espécie dependerá da análise do caso e dos critérios adotados pelo avaliador, mas isto é típico de qualquer ato classificatório. O primordial da utilização desses termos distintos e com significados definidos é dar maior solidez às críticas (positivas ou negativas) feitas à jurisprudência de um órgão judicial. O ativismo pode ter efeitos negativos, e isto deve ser bem identificado e exposto pela doutrina jurídica. Entretanto, total deferência do Judiciário aos Poderes eleitos não é bem vista e sequer defendida pela doutrina mais renomada, vez que vai de encontro à função primordial do Poder Judiciário, em especial de uma corte constitucional, que é fazer valer a Constituição.

Nesse sentido, outra conduta tida como indesejada é o passivismo judicial. Muito menos estudada que o ativismo judicial, pode ter consequências tão perversas quanto este³⁶⁵. Sendo uma inação judicial que visa a manter o *status quo* através do exercício inadequado da função jurisdicional, o passivismo ocorre quando um juiz se recusa a decidir um caso concreto, deixando de entregar às partes a solução jurídico-legal aplicável ao caso, razão pela qual também pode ser chamado de “abstenção judicial”³⁶⁶. O passivismo é mais difícil de detectar do que o ativismo³⁶⁷, e talvez por isso tão pouca doutrina se manifeste acerca deste tipo de atuação.

Quando um órgão judicial deixa de decidir uma questão, ele está falhando com sua obrigação básica de resolver os litígios que lhe são apresentados e certamente violando os direitos de um ou mais litigantes, que esperavam do órgão

³⁶⁴ O termo foi utilizado por Lawrence A. Alexander no artigo “Judicial Activism: Clearing the Air and the Head” (in COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (eds.). *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. San Diego: Springer, 2015. p. 15).

³⁶⁵ VINCENT MARTIN BONVENTRE, “Judicial Activism, Judges’ Speech...”, cit., p. 564.

³⁶⁶ LAWRENCE A. ALEXANDER. “Judicial Activism: Clearing the Air and the Head”, cit., p. 14.

³⁶⁷ CHAD M. OLDFATHER. “Defining Judicial Inactivism: Models of Adjudication and the Duty to Decide”, in *Georgetown Law Journal*, v. 94. Washington: Georgetown Law, 2005. p. 123.

a proteção de um direito seu que entendiam ter sido violado. Ao mesmo tempo, está falhando em sua obrigação de garantir o cumprimento da lei por um malfeitor, que sairá impune da situação³⁶⁸. Entretanto, a dificuldade em identificar uma decisão passivista encontra-se em um fato simples: em alguns momentos, é recomendado que o Judiciário se abstenha de decidir o caso.

Como mencionado anteriormente, até mesmo autores neoconstitucionalistas entendem que alguns casos não devem ser decididos pelo Judiciário, seja por não haver consenso social mínimo concernente a um determinado fato, seja por entenderem que tal questão deve ser resolvida na esfera política. Logo, se é defendido que o órgão judicial, em algumas situações, não deve exercer o seu poder de firmar uma resolução para o litígio, como identificar quando esta mesma conduta se torna indevida?

Para esta pergunta, a resposta é simples: a existência de casos em que a doutrina aceita ou, melhor dizendo, defende que o Judiciário se abstenha de decidir leva à consequência lógica de que, nos demais casos, o órgão *deve* dar solução concreta ao caso³⁶⁹. Em outros termos: se não estiver diante de uma das situações excepcionais (falta de consenso social e questões de natureza política), o juiz tem a obrigação de dar efetiva solução ao litígio.

Mas superada essa questão, surge outra: como identificar uma decisão “passivista”?

Uma das questões relevantes nesse tema é analisar se existe distinção entre passivismo e autocontenção.

A autocontenção pode ter cinco possíveis significados: “(1) um juiz autocontido não deixa suas visões pessoais influenciarem suas decisões; (2) o juiz é cauteloso, discreto, hesitante em utilizar suas opiniões pessoais; (3) ele tem consciência das restrições políticas existentes no exercício da atividade judicial; (4) suas decisões são influenciadas pela preocupação de que uma promíscua criação judicial levaria a uma avalanche de processos que impediria as cortes de funcionar adequadamente; (5) o juiz quer reduzir o poder do Judiciário perante os demais Poderes”³⁷⁰. Uma decisão passivista é representada pelo tipo 5.

³⁶⁸ LAWRENCE A. ALEXANDER, “Judicial Activism: Clearing the Air and the Head”, cit., p. 14.

³⁶⁹ CHAD M. OLDFATHER, “Defining Judicial Inactivism...”, cit., p. 127.

³⁷⁰ RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit., p. 10.

Os tipos 1 e 2 parecem ser uma extensão do outro, e representam apenas o que se espera de um juiz, tendo em vista que reduzem a subjetividade decisória. O tipo 3 (“contenção política”) representa o respeito aos limites da função judicial, o que é defendido neste trabalho. O tipo 4 (“contenção funcional”) deve ser uma preocupação real de todo juiz, face os custos sociais que são impostos por cortes abarrotadas de processos – e, por consequência, mais lentas e com menor qualidade no trabalho³⁷¹.

Já o tipo 5 é uma conduta ativa de limitação do papel jurisdicional em favor dos Poderes políticos, o que pode levar o órgão judicial a se afastar de sua função regular e, assim, ser prejudicial à democracia. Isto é, o passivismo se confunde com a autocontenção, mas apenas quanto a esta modalidade, e não integralmente.

O passivismo judicial é defendido com base em quatro argumentos: (i) privilegiar os Poderes representativos, em oposição a um órgão oligárquico que deve se limitar em suas tentativas de impor mudanças sociais com base em disposições constitucionais vagas; (ii) privilegiar decisões descentralizadas, inclusive em níveis locais e regionais de governo; (iii) os entendimentos jurisprudenciais, construídos ao longo do tempo pelos órgãos judiciais, devem ter preferência em relação às decisões baseadas no entendimento individual do juiz; (iv) o juiz deve se preocupar com a efetividade de suas decisões, o que depende de sua legitimidade política e do apoio dos demais Poderes, pelo que deve ser limitado no exercício de sua atividade³⁷².

Como se observa, esses argumentos são semelhantes àqueles expostos anteriormente como os que devem guiar o devido exercício da atividade jurisdicional. Ficaria, então, a pergunta: qual seria o problema do passivismo judicial?

Ao fixar os critérios que devem guiar a atividade judicial, deixou-se claro que eles devem orientar o efetivo exercício da função de decidir as causas colocadas diante do Judiciário. Neste exercício, um certo grau de autocontenção é esperado do juiz, para que ele não se imiscua nas demais funções de Estado. Logo acima também foi mencionado que o passivismo é representado pela escolha consciente do juiz de

³⁷¹ RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit., pp. 10-11.

³⁷² ARCHIBALD COX. “The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?”, in *Maryland Law Review*, n. 118. Baltimore: University of Maryland Francis King Carey School of Law, 1987. pp. 121-122.

limitar a função judicial em prol das outras funções estatais, não se confundindo integralmente com o conceito de autocontenção. Daí, então, se tira a resposta para a pergunta anterior.

Os quatro critérios elencados passam a macular a autocontenção e transformá-la em passivismo quando são levados a um extremo inaceitável. O julgador passivista não apenas privilegia a estrutura técnica do Legislativo para tomar certas decisões, mas desprivilegia a função judicial de tal forma que esvazia a ideia de que o Judiciário possui, sim, capacidade técnica para a tomada de inúmeras decisões relativas aos direitos fundamentais – sendo, às vezes, o Poder mais indicado para isto. Igualmente, o julgador passivista não é apenas respeitoso à construção jurisprudencial; ele chega a entender que não deve haver inovação no Direito, ainda que novas relações e fatos sociais impliquem revisão dos entendimentos legais até então vigentes. O juiz passivista, também, não se preocupa com a proteção da efetividade das decisões judiciais, e nem é apenas deferente às decisões políticas locais ou nacionais; ele entende que não possui poder para tomar decisões com fundamentos diretamente oriundos da Constituição sem que estejam embasados em regulamentação legislativa, colocando-se em completa subordinação ao legislador.

O juiz passivista, assim, diminui demasiadamente o âmbito de atuação jurisdicional, se opondo de tal forma à ideia de supremacia judicial que acaba se aproximando da supremacia parlamentar, no que igualmente se afasta do equilíbrio entre os Poderes e prejudica a democracia.

O passivismo judicial, portanto, diferente do ativismo em sua ótica “positiva” (ativismo legitimado), é efetivamente prejudicial à democracia, vez que ele comporta um não-exercício da função jurisdicional. Não se trata, aqui, de exercício indevido, mas sim da ausência de decisão, do abandono da função que foi outorgada ao juiz pelo ordenamento jurídico-constitucional para que agisse em proteção deste e dos indivíduos que estão sujeitos a estas normas.

Diferente, porém, é falar em autocontenção judicial. Esta é simplesmente uma conduta adotada pelo julgador com a intenção de não se exceder no exercício de sua função, o que é bem-vindo e estimulado pelas posições doutrinárias e jurisprudenciais mais diversas, vez que respeitosa ao princípio da separação de poderes e à democracia. O passivismo, por se afastar desses parâmetros e

abandonar a função judicial em prol de uma deferência excessiva aos órgãos político-administrativos, fere a Constituição e, por conseguinte, não tem razão de ser.

Conclui-se que tanto ativismo quanto a autocontenção não são, necessariamente, práticas ruins. Em certas ocasiões, são positivos – e necessários – os resultados de uma corte ativista (ativismo legitimado), mas em outros momentos, o melhor caminho a ser tomado é a autocontenção³⁷³, a fim de não incorrer em usurpação judicial. Outrossim, a mesma decisão pode conter elementos ativistas e contidos, pelo que se defende uma superação de um julgamento de absolutos (a decisão é ativista) para uma análise com maiores nuances e, em consequência, mais completa do ato judicial (a decisão possui *elementos ativistas*).

Por essa razão, propõe-se que seja abandonada a ideia de que a autocontenção é necessariamente positiva e de que o ativismo é necessariamente negativo, já que a inserção da decisão de um lado ou outro vai depender do momento histórico no qual a decisão é proferida³⁷⁴. O equívoco, de fato, ocorre quando o juiz simplesmente abandona os limites que o ordenamento lhe impõe (e passa a exercer funções de outros Poderes) ou não executa a função que lhe cabe (passando a ser passivista). A análise acerca das consequências da conduta judicial dependerá da aplicação prática da decisão e, algumas vezes, da História.

II.4 Impacto democrático do mau exercício do controle judicial

O controle judicial dos atos políticos existe para limitar o poder, proteger os direitos fundamentais e garantir o respeito aos princípios democráticos. Em consequência, o exercício indevido da jurisdição apresenta implicações danosas para o próprio Estado democrático e para o indivíduo que por ele deveria ser protegido.

Um dos primeiros problemas que se observa é o esvaziamento do princípio da segurança jurídica, que é essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito³⁷⁵.

³⁷³ VINCENT MARTIN BONVENTRE, “Judicial Activism, Judges' Speech...”, cit., p. 574.

³⁷⁴ RICHARD A. POSNER, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, cit., p. 14.

³⁷⁵ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 374.

A concessão de amplos poderes ao Judiciário para controle de qualquer ato político gera, inevitavelmente, uma ampliação da discricionariedade judicial³⁷⁶. A visão dos princípios como elementos normativos que ampliam o espectro de decisões possíveis dentro do sistema jurídico leva a uma submissão do indivíduo e do próprio Estado às escolhas subjetivas do juiz, que passa a exercer funções que caberiam ao administrador ou ao legislador, aplicando os seus entendimentos pessoais a casos que deveriam ser resolvidos a partir da lei. Com esse processo de politização judicial, a segurança jurídica fica limitada, vez que a solução de qualquer litígio ficará submetida às vontades do julgador, o que é extremamente danoso para a democracia³⁷⁷.

Tal situação também pode ser prejudicial ao próprio Judiciário. Como mencionado no tópico II.1, deve haver um perfeito equilíbrio entre a *rule of law* e a autodeterminação democrática, valores interdependentes que necessitam do respeito ao outro para se manterem vigentes. Cabe aos tribunais salvaguardar este equilíbrio, vez que a autoridade dos órgãos judiciais se sustenta em seu poder de declarar o direito. Essa autoridade deixaria de existir caso os tribunais insistissem em emitir decisões não aceitas por juristas como jurídicas, ou que se encontram além do escopo aceitável da atuação do tribunal³⁷⁸. Isto, por si só, é uma consequência perversa para o regime democrático, que, como visto, depende da atuação de tribunais fortes para se manter vigente, em especial quanto à proteção dos indivíduos.

A força dos tribunais depende também da aceitação de sua atuação pela esfera política. Conforme a célebre frase atribuída a Alexander Hamilton, o juiz não detém a chave do cofre nem o poder da espada. Isto é, precisa do apoio dos Poderes políticos para que as suas decisões possam ter efetividade³⁷⁹. Um caso emblemático na História jurídica mundial é a decisão da Suprema Corte norte-americana que declarou a segregação racial em escolas inconstitucional. A ordem do tribunal foi ignorada por diversos Estados do Sul, tendo sido necessário o envio de tropas

³⁷⁶ RICARDO AUGUSTO HERZL. “Da discricionariedade (neo)processual à crítica hermenêutica do direito processual civil brasileiro”, in LENIO LUIZ STRECK (org.). *A discricionariedade dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 179.

³⁷⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, cit., p. 318.

³⁷⁸ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Protecting the Constitution from the People...”, cit., p.22.

³⁷⁹ ALEXANDER HAMILTON. “The Federalist nº 78 – The Judiciary Department”, in *Independent Journal*. Nova Iorque: 1978.

federais para garantir o cumprimento da decisão³⁸⁰. Se não tivesse havido esse apoio à decisão pelo Poder Executivo, há de se perguntar se a decisão teria sido algum dia efetivada nesses locais.

O histórico da Suprema Corte norte-americana, aliás, é um interessante exemplo de como os tribunais constitucionais podem ser pressionados e ter a sua atuação ameaçada ou limitada pela esfera política em caso de descontentamento recorrente com seus atos. Sendo o tribunal que criou o controle de constitucionalidade dos atos políticos, a Suprema Corte passou por diversos momentos de pressão ao longo de sua trajetória de mais de duzentos anos nessa atividade³⁸¹. Vale resumir esse histórico, que inclui vários exemplos do exercício de influência política e popular sobre o tribunal superior.

No século XIX, era comum que os juízes federalistas se envolvessem em atividades político-partidárias, até mesmo fazendo discursos políticos durante julgamentos. Isto, obviamente, causava a fúria de diversos políticos e da população, tendo havido uma tentativa de *impeachment* contra um membro da Suprema Corte. A pressão exercida sobre o tribunal nessa época foi de tal monta que o próprio juiz John Marshall chegou a sugerir que fosse dado ao Congresso poder de revisão sobre as decisões do tribunal. No mesmo período, a insatisfação generalizada com decisões da Suprema Corte tomadas em casos de traição contra o Estado gerou diversas sugestões, algumas com o apoio do Presidente Thomas Jefferson, de remoção de juízes pelo Congresso e de limitação dos poderes jurisdicionais, inclusive havendo sugestão de negar a possibilidade de concederem *habeas corpus*³⁸².

Pouco depois, a Suprema Corte também sofreu ataques políticos especialmente em razão da discordância dos Estados com a sua invasão nos temas locais, tendo havido diversos casos em que os governos estaduais simplesmente ignoraram as decisões da corte. Em função da insatisfação com as decisões judiciais, foram apresentadas propostas legislativas para remoção de juízes pelo Congresso e de apelação ao Senado contra decisões desfavoráveis da corte superior. Durante

³⁸⁰ VINCENT MARTIN BONVENTRE, "Judicial Activism, Judges' Speech...", cit., p. 565.

³⁸¹ Para esta exposição, chama atenção o trabalho de Barry Friedman, que traçou um histórico aprofundado, com base em materiais produzidos à época dos fatos, acerca da dificuldade contramajoritária ao longo da atuação da Suprema Corte americana.

³⁸² BARRY FRIEDMAN. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I...", cit., pp.364-370.

esse período, o Presidente Andrew Jackson defendia que os outros órgãos do Estado possuíam autonomia para interpretar a Constituição de maneira contrária à Suprema Corte e nem sempre apoiou o tribunal no cumprimento de suas decisões. Chegou-se até a defender que a Corte simplesmente não possuía legitimidade para tratar de questões que envolvessem os Estados³⁸³.

Algum tempo depois, ocorreu um caso representativo do impacto que um julgamento inadequado pode ter não só para a reputação e legitimidade de um tribunal, mas para toda a nação: a decisão Dred Scott. O caso chegou até a Suprema Corte porque os políticos não conseguiam alcançar uma solução para a escravidão e esperavam que a Suprema Corte a resolvesse. A decisão tomada pelo tribunal é vista até hoje como “a mais repugnante e ultrajante das decisões da Suprema Corte”. Nesse julgamento, o tribunal declarou que antigos escravos afro-americanos não poderiam ser considerados cidadãos, e que, portanto, não possuíam proteção da jurisdição federal. Também foi entendido que o Congresso não possuía poderes para proibir a escravidão a nível nacional, pois os escravos eram propriedade com proteção constitucional³⁸⁴.

Embora o julgamento tenha sido proferido no ano seguinte à eleição de James Buchanan, o que a maioria dos membros da Corte inferiu ser uma aprovação popular da escravidão, a decisão recebeu críticas ferozes e aumentou de forma substancial o conflito nacional acerca da escravidão, que logo depois levaria o país à Guerra Civil. Muitos chegaram a decretar o fim da Suprema Corte, tendo ficado claro que o tribunal havia perdido a confiança do povo. Abraham Lincoln negou publicamente, em seu discurso inaugural como presidente, a supremacia das decisões da Suprema Corte, afirmando que o tribunal não possuía autoridade de resolver de forma definitiva conflitos sociais vitais³⁸⁵.

Durante o período da Reconstrução, que sucedeu a Guerra Civil, a Suprema Corte se encontrou em constante ameaça, não sendo raras as vozes defendendo a sua abolição. Para se proteger, o tribunal passou a adotar uma posição política, ora agindo, ora deixando de agir, em uma tentativa de salvar sua existência³⁸⁶.

³⁸³ BARRY FRIEDMAN. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I...”, cit., p. 382-393.

³⁸⁴ Ibidem, pp. 413-415.

³⁸⁵ Ibidem, pp. 416-422.

³⁸⁶ BARRY FRIEDMAN. “Reconstruction's Political Court: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two”, in *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002. p. 9.

Após duas decisões do tribunal anulando legislação aprovada pelo Congresso e do *impeachment* do Presidente Andrew Johnson pela Câmara (o Senado posteriormente o absolveu), a Suprema Corte novamente se via no centro do conflito político ao ter que julgar a constitucionalidade da legislação da Reconstrução, e se via mais ameaçada que nunca. Nesse período, a confiança popular no Legislativo era elevada, enquanto na Suprema Corte era baixíssima, ainda como consequência da decisão Dred Scott. Perseverava o posicionamento de que as decisões da corte não eram supremas e definitivas³⁸⁷.

Nessa fase, diversas ideias surgiram para submeter a Suprema Corte à vontade popular (no caso, à vontade legislativa): eliminar o controle judicial, mudar a composição do órgão, fixar um quórum qualificado para anular atos legislativos, entre outros. Mas o que ficava claro era que, se a Corte tomasse uma decisão contrária à vontade popular, as consequências para o órgão seriam severas. Na prática, o Congresso chegou a aprovar legislação que retirava competências da Suprema Corte, até mesmo derrubando um veto presidencial contra a lei, mas o tribunal, por meio de manobras procedimentais e estratégias processuais, conseguiu se evadir de envolvimento direto nas questões concernentes à legislação da Reconstrução³⁸⁸. A motivação para essa conduta judicial parece ter sido política, com o objetivo de manter a autoridade da corte, tendo ficado evidente que os juízes da Suprema Corte estavam bastante atentos às pressões políticas exercidas contra o órgão³⁸⁹.

Na década de 1860, o número de juízes na Suprema Corte foi alterado três vezes, uma antes da Guerra Civil e duas depois. Na primeira alteração, o número de juízes foi aumentado de nove para dez. Na segunda, foi reduzido para sete. Na terceira, foi aumentado para nove, número que se mantém desde então. Em cada ocasião, havia razões técnicas para a alteração (adequar o número de juízes ao número de circuitos jurisdicionais, reduzir o número para aumentar os salários dos magistrados e readequar o número de juízes ao número de circuitos, respectivamente). Mas também havia consequências políticas advindas de cada alteração: Lincoln ganhou a possibilidade de indicar mais um juiz para a corte,

³⁸⁷ BARRY FRIEDMAN. "Reconstruction's Political Court...", cit., pp. 20-27.

³⁸⁸ Ibidem, pp. 33-42.

³⁸⁹ Ibidem, pp. 51-52.

Johnson (que chegou a sofrer *impeachment*) perdeu a possibilidade de indicar outros juízes e o Presidente Grant ganhou indicações. Independente da real razão para a alteração da composição da corte, o que se observava à época é que a manipulação do número de membros para garantir decisões favoráveis aos objetivos políticos do Legislativo era, em geral, tida como aceitável³⁹⁰.

Outro momento de conflito entre a Suprema Corte e o meio político e a vontade popular foi a Era Lochner, perfeita representação da necessidade de legitimidade social das decisões de uma corte constitucional. As decisões da Era Lochner são tão reprovadas, até os dias de hoje, que normalmente são comparadas com o julgamento Dred Scott, além de serem consideradas as responsáveis pelo surgimento da discussão contemporânea acerca da dificuldade contramajoritária³⁹¹.

Decidido em 1905, o caso Lochner iniciou uma era de invalidação de legislações trabalhistas e sociais pela jurisdição federal, que durou até 1912. Essa atuação jurisprudencial fez com que um dos temas principais da campanha presidencial de 1912 fosse a atuação judicial. Também surgiram propostas para limitar a atuação dos juízes federais, entre elas a eleição e o *recall* de magistrados³⁹².

As decisões contra as medidas do *New Deal*, entre 1935 e 1937, foram o último momento na história americana de ameaças diretas dos Poderes políticos contra a Suprema Corte. O posicionamento firmado nesse período pelo tribunal encontrou críticas generalizadas, inclusive com protestos populares contrários às decisões proferidas. Como consequência desta reprovação, este triênio foi o período no qual mais foram apresentados projetos de lei visando limitar os poderes do tribunal³⁹³.

Após vencer com folga a reeleição em 1936, o Presidente Franklin Roosevelt passou a ameaçar a Suprema Corte. Concluindo que as decisões do tribunal contrárias aos seus planos eram resultado da idade dos juízes que compunham o órgão, o Presidente apresentou seu plano de aumentar o número de juízes da corte: ele teria o poder de indicar um novo juiz para a Suprema Corte para cada magistrado no órgão que possuísse mais de 70 (setenta) anos. Apesar de sua insatisfação com as decisões da corte e seu plano de mudar sua estrutura, Roosevelt continuava

³⁹⁰ BARRY FRIEDMAN. "Reconstruction's Political Court...", cit., pp. 53-55.

³⁹¹ Idem, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three...", cit., pp. 1.388-1.390.

³⁹² Ibidem, pp. 1.393-1.394.

³⁹³ Ibidem, pp. 993-996.

apoiando a instituição da *judicial review*, defendendo-a publicamente, ainda que com ressalvas³⁹⁴. Entretanto, o plano de Roosevelt não teve apoio popular.

Com o passar do tempo, a existência de um tribunal constitucional tornou-se consolidada na consciência popular americana, que conectava a instituição com a proteção de seus direitos fundamentais. Assim, ainda que discordasse do conteúdo das decisões, o público defendia a manutenção e a independência da Suprema Corte, o que prejudicou a pretensão do Presidente de aprovar um projeto que impactasse a atuação do tribunal³⁹⁵.

O fracasso final do plano, porém, ocorreu com a aparente súbita mudança de posicionamento do juiz Owen Roberts, que passou a aceitar as medidas do *New Deal*, alterando a proporção de votos na corte e garantindo que o órgão não seria mais um entrave para as medidas econômicas³⁹⁶. Após esta ocasião, ainda que tenha havido críticas contra a atuação do tribunal, não houve expressas tentativas políticas de limitar os seus poderes³⁹⁷.

O caso da Suprema Corte dos EUA é emblemático em razão das diversas percepções do público em relação ao papel do tribunal, algo que somente pode ser identificado em tamanhos detalhes em uma corte com longo tempo de existência. O relato acerca da história da relação entre a corte constitucional e os Poderes políticos demonstra que a posição destes em relação àquela é influenciada por três fatores: “a habilidade dos poderes políticos de adotar alguma atitude contrária à Corte, as próprias decisões da Corte e a tolerância, ou concordância, do público com as ações dos poderes políticos e da Corte”³⁹⁸.

Limitar a atuação um tribunal é bastante difícil. Além dos três fatores acima terem que estar presentes em uma mesma orientação (contrária ao tribunal), a alteração deve passar pelo processo legislativo ou, o que a torna mais difícil, por um processo de emenda constitucional³⁹⁹. Ainda assim, a limitação é possível, e a

³⁹⁴ BARRY FRIEDMAN, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three...”, cit., p. 1.023-1.032.

³⁹⁵ Ibidem, p. 1.035.

³⁹⁶ A mudança, identificada como “the switch in time that saved nine”, até hoje gera debates se teve como motivação uma real alteração no entendimento do magistrado ou se foi influenciada pela pressão política e popular exercida contra a corte (ibidem, pp. 973-975).

³⁹⁷ BARRY FRIEDMAN. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, in *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, 2000. p. 1.063.

³⁹⁸ Idem, “Reconstruction’s Political Court...”, cit., p. 23.

³⁹⁹ Ibidem, p. 62.

história da Suprema Corte norte-americana é um bom exemplo de que isto será feito caso os fatores estejam favoráveis para isto. Fazendo referência à clássica obra de Alexander M. Bickel, Friedman observa que os tribunais são “‘o poder menos perigoso’ não porque eles não podem agir sozinhos, mas porque podem ser silenciados ou ignorados pela maioria de forma mais fácil que os outros poderes”⁴⁰⁰. E as consequências democráticas de uma limitação severa – ou, no extremo, da extinção – da justiça constitucional seriam perversas, face o relevante papel desempenhado pelos tribunais na garantia dos direitos fundamentais e do seguimento das regras democráticas, conforme explorado.

Por isso, bastante importante que o tribunal se atenha aos limites de sua atividade e busque deferência às decisões do meio político e às posições populares dominantes, haja vista que a sua própria existência e, em última análise, a democracia, dependem disto.

Outro problema que surge da atuação indevida do Poder Judiciário é a questão da limitação do poder. Alguns doutrinadores conclamam que um Judiciário ativista estaria coibindo excessos cometidos pelos Poderes políticos, vez que limitaria o espaço de atuação destes em prol de uma suposta liberdade maior para o indivíduo⁴⁰¹. Diversos são os autores que defendem que o Judiciário *deve* ser ativista quando estiver diante de questões que envolvam direitos fundamentais, como inclusive já mencionado anteriormente. No entanto, estes posicionamentos acabam gerando, em sentido contrário ao que dizem intencionar, uma limitação na liberdade individual e uma concentração demasiada de poderes no Judiciário, o que fragiliza a democracia. Estes temas, porém, já foram abordados no tópico I.4, ao qual se faz referência.

Da concentração de poder do Judiciário surge um outro problema: a desmobilização social. Transferir ao Judiciário as decisões acerca da vida em sociedade é manter – no caso do Brasil – a figura do estado patriarcal, no qual o indivíduo recebe seus direitos dos “donos do poder” como se fossem favores, e não, de fato, direitos.

⁴⁰⁰ BARRY FRIEDMAN, “Reconstruction's Political Court...”, cit., p. 92.

⁴⁰¹ RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES, “Las transformaciones del estado contemporáneo...”, cit., p. 4.

Ao entregar para os juízes a competência para solucionar os problemas sociais, retira-se da sociedade este poder. Neste ponto, o caráter antidemocrático do Poder Judiciário aparece de forma negativa: como autoridades não-eleitas ocupantes de cargos vitalícios, os juízes não devem, em teoria, preocupar-se com os anseios populares, mas apenas tomar as decisões que entendam corretas. O Judiciário não foi arquitetado para ser representante do povo.

Em sentido contrário, Executivo e Legislativo são ocupados, nas posições de chefia, por representantes escolhidos pelo povo em eleições periódicas, havendo amplos instrumentos formais de participação popular na tomada de decisões desses Poderes. É a estes Poderes, portanto, que deveria ser reconhecida a função de representantes do povo e de definidores das relações sociais, cabendo ao Judiciário apenas o controle de eventuais abusos ou omissões.

Entretanto, com a inversão atual desses papéis em alguns países e a consequente inflação do espaço de atuação do Judiciário, a população acaba recorrendo ao Poder esperando que ele resolva as suas demandas, o que representa uma severa fragilidade democrática. Não só porque o Judiciário não possui atribuição sistêmica para isto, mas porque esta conduta limita a mobilização social e compele a população a se manter em um esquema no qual deve esperar dos “superiores” a concessão de “presentes”⁴⁰².

Uma democracia sem mobilização social para influenciar as decisões dos Poderes eleitos, ou que nem mesmo se preocupe com a escolha desses representantes, é necessariamente uma democracia frágil. É inerente a esta forma de Estado que ocorram amplos debates sociais e atuação junto aos representantes eleitos para que sejam resolvidas as demandas da sociedade. A democracia depende da consciência política de sua população para se estabelecer⁴⁰³.

Outrossim, em especial em países com tradição paternalista como o Brasil, no qual o Estado sempre foi visto como o concesso de qualquer benefício para a população, da qual era esperado (ou demandado, violentamente) silêncio e agradecimento, a ausência de mobilização social se torna ainda mais grave, em especial quando aliada a uma transferência do poder decisório para um órgão autocrático que não precisa se preocupar em satisfazer os anseios populares.

⁴⁰² DANILO PEREIRA LIMA. “Discrecionariade judicial e estamento...”, cit., p. 171.

⁴⁰³ ROBERT C. POST; REVA B. SIEGEL, “Roe Rage...”, cit., p. 379.

Quanto a isto, vale mencionar a conclusão de Ran Hirschl sobre a supremacia judicial, que ele próprio classifica como “sombria”. Ao invés de servir como instrumento de maior participação popular para a garantia de mais direitos, a concentração de poderes no Poder Judiciário serviria, em verdade, como forma de limitar a participação popular na democracia, em defesa dos interesses políticos e econômicos estabelecidos na sociedade. Logo, para limitar os resultados da maior representatividade democrática, que ameaçava derrotar esses interesses escusos, decidiu-se transferir poderes absolutos para outra instituição, criando-se uma “juristocracia” destinada a limitar os interesses populares⁴⁰⁴.

Nesse contexto, apenas está se perpetuando o modelo estatal vigente de fato no Brasil desde a época colonial: os direitos fundamentais são vistos como dádivas entregues pelos donos do poder, em uma espécie de cidadania concedida. A população, então, continua subserviente aos mandos e desmandos do Estado, que ainda é ocupado por um seleto grupo de pessoas preocupado com a satisfação de seus interesses privados, em claro prejuízo à sociedade. A única diferença é que o poder autoritário e personalista é agora exercido através do Judiciário⁴⁰⁵, que exerce uma função naturalmente menos controlada pela população e pelos seus representantes.

Nesse ponto, Diego Moreno Rodríguez Alcalá defende que as decisões acerca da interpretação dos direitos fundamentais devem ser deixadas a cargo do Legislativo. O autor enxerga uma contradição entre a “adoção de um modelo de participação cidadã que concebe as pessoas como seres racionais dignas de serem portadores de direito” e a ideia, justificadora da ampliação do controle judicial sobre os atos praticados pelas maiorias, de que estariam “completamente desinteressadas com o bem comum ou com os direitos de seus semelhantes”⁴⁰⁶.

Conquanto não se entenda que este posicionamento esteja completamente adequado, tendo em vista os diversos casos de abusos do poder da maioria contra as minorias ou mesmo contra si própria ao longo da História, a observação de Rodríguez Alcalá é interessante. Como se pode defender a autodeterminação dos indivíduos se, ao mesmo tempo, se retira deles os efetivos mecanismos de

⁴⁰⁴ RAN HIRSCHL, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, cit., p. 108.

⁴⁰⁵ DANILO PEREIRA LIMA. “Discricionariedade judicial e estamento...”, cit., pp. 172-174.

⁴⁰⁶ DIEGO MORENO; RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Control judicial de la ley...*, cit., p. 287.

participação popular sob o argumento de que esses indivíduos não elegem corretamente os seus representantes? Não obstante as limitações do ramo político para lidar com certas demandas sociais, ainda assim os integrantes desses poderes foram escolhidos pelo povo para lhe representar, o que não pode simplesmente ser ignorado sob o argumento – acredita-se, elitista – que profissionais jurídicos podem decidir melhor que a população sobre o seu futuro.

Portanto, retirar da esfera política, que possuiria maiores legitimidades procedimental e instrumental, “as decisões sobre os direitos para atribuí-las a um procedimento que não respeita valores participativos, sob o argumento de que se trata de questões de ‘princípios’ constitui uma afronta às aspirações participativas dos cidadãos livres e iguais” acerca das questões mais importantes da vida em sociedade⁴⁰⁷. Não pode ser esquecido que mesmo o controle judicial pode cometer injustiças e equívocos, e inclusive tomar decisões contrárias às vontades da maioria política.

Em outras palavras, o exercício adequado da função jurisdicional é extremamente necessário para a salvaguarda das proteções democráticas conferidas pelo sistema constitucional ao indivíduo. É por esta razão que qualquer posicionamento que defenda a extrapolação dos limites do poder judicial, ou que defenda sua limitação forçada, não está protegendo os direitos fundamentais e nem a autoridade judicial; pelo contrário, está abalando ambos, uma vez que o exercício equilibrado do poder que lhe é conferido é a única forma de o Judiciário garantir a efetividade de suas decisões. Sinteticamente, as ideias de juriscentrismo ou de um Judiciário passivo são absolutamente dissonantes da democracia, uma vez que se opõem aos seus alicerces e impedem a formação de um Estado no qual o povo é verdadeiramente o detentor do poder. O Judiciário, portanto, deve sempre buscar o equilíbrio no exercício de sua atividade, vinculando-se à *rule of law* e respeitando os limites, positivos e negativos, que são impostos à sua atividade pelo ordenamento constitucional.

Definidos esses parâmetros de atuação ideal da jurisdição constitucional e observados os malefícios que sua atuação indevida pode causar, cabe agora analisar especificamente a conduta do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰⁷ DIEGO MORENO; RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Control judicial de la ley...*, cit., p. 288.

III. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – competências, posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro e análise jurisprudencial

Em um sistema jurídico altamente influenciado pelas confusas ideias neoconstitucionalistas, o papel que o Supremo Tribunal Federal deve desempenhar no Brasil é objeto de debates e controvérsias. Embora seja reconhecido expressamente como guardião da Constituição (art. 102), não deve ser entendido que o STF é o único órgão que possui essa função. Todos os órgãos de Estado estão vinculados à Carta Magna e devem guardar as suas disposições e protegê-la contra ameaças, além de editar normas e adotar ações que concretizem as suas determinações e princípios. Também compete aos Poderes de Estado fazerem parte dos debates sociais e políticos acerca do conteúdo da Constituição, não podendo isto jamais ser considerado função exclusiva de uma corte constitucional.

A incumbência que a Constituição concede ao STF não pode ser interpretada como um reconhecimento, implícito ou explícito, de uma possível supremacia judicial. A interpretação democraticamente adequada para este dispositivo é a de que os trabalhos do tribunal devem se voltar primordialmente para a proteção da lei fundamental do país, sem que isto implique em uma limitação ou rejeição da atuação dos demais Poderes nessa esfera, o que sequer é plausível.

Entretanto, como visto no Capítulo I, boa parte da doutrina neoconstitucionalista, que atualmente domina as discussões jurídicas no Brasil, concede ao STF uma posição de supremacia em relação aos Poderes eleitos. Vale, então, tentar filtrar o conteúdo originado desses debates, a fim de que se possa apurar exatamente que posição ocupa a corte suprema brasileira no sistema jurídico-político atual.

III.1 Atribuições legais no controle de atuação dos demais Poderes

As atribuições do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes são reconhecidamente extensas. O constituinte originário já havia concedido à corte controle bastante ampliado nessa esfera, mas o legislador, seja reformando a Constituição, seja na edição de normas legais, alargou ainda mais essas funções, possibilitando ao tribunal um controle amplo da atuação dos Poderes políticos.

No Brasil, existem dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O controle concentrado, realizado exclusivamente pelo STF em matérias que envolvam a Constituição federal, é exercido por meio de ações constitucionais específicas, previstas na própria Constituição, que possuem como objeto o confronto entre uma norma constitucional e um ato normativo inferior que lhe seria oposto. O objeto de análise, portanto, é a suposta antinomia entre as normas, não havendo um conflito de interesses de partes confrontantes em uma lide⁴⁰⁸.

Existem três ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade (ambas previstas no art. 102, I, *a* da Constituição) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (prevista no art. 102, §1º, da CF).

A **ação direta de inconstitucionalidade – ADI** tem como objeto a violação de norma constitucional por lei ou ato normativo federal ou estadual⁴⁰⁹. O rol de legitimados para a propositura da ação é extenso⁴¹⁰, e envolve autoridades públicas federais e estaduais, bem como particulares, o que é visto como uma democratização do controle de constitucionalidade⁴¹¹.

Os atos normativos que podem ser submetidos ao controle são os mais diversos: além das leis formais, admite-se o controle de medidas provisórias, tratados internacionais, decretos presidenciais, regimentos de tribunais e até mesmo as emendas constitucionais. Em geral, basta que os atos satisfaçam cumulativamente quatro requisitos para que possam ser submetidos ao controle do STF: terem sido editados após a promulgação da Constituição; serem dotados de

⁴⁰⁸ DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 209.

⁴⁰⁹ Normas municipais somente são submetidas ao controle concentrado perante a constituição estadual.

⁴¹⁰ Art. 103, CF. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴¹¹ DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., p. 210.

abstração, generalidade ou normatividade; possuírem natureza autônoma, isto é, não somente regulamentar; ainda estarem em vigor⁴¹².

A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou que reconhecer a constitucionalidade da norma possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante⁴¹³ para todos os órgãos judiciais e para a Administração Pública federal, estadual e municipal. Esse efeito também se aplica para julgamentos de interpretação conforme a Constituição ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto⁴¹⁴ (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma a retira do ordenamento jurídico, com efeitos retroativos desde a sua edição (efeito *ex tunc*), com o entendimento de que uma norma inconstitucional jamais poderia produzir qualquer efeito. Entretanto, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 permite que o STF restrinja a eficácia da decisão para outro momento. O mesmo dispositivo também permite que o STF limite os efeitos *erga omnes* e repristinatórios das decisões de inconstitucionalidade⁴¹⁵.

Além de servir para declaração de normas editadas como inconstitucionais (inconstitucionalidade por ação), a ADI também pode ser usada para tratar de omissão legislativa. O art. 103, §2º, da CF prevê que o STF, através do julgamento de uma **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, poderá reconhecer situação de inconstitucionalidade quando houver omissão na adoção de medida destinada a tornar efetiva uma norma constitucional. Nesta hipótese, nos termos do dispositivo constitucional, o Poder responsável pela adoção da medida deve ser cientificado da omissão pelo STF; caso a medida dependa da atuação de um órgão administrativo, este deve ser intimado para executá-la no prazo de 30 (trinta) dias.

⁴¹² VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO. *Controle de constitucionalidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. pp. 71-77.

⁴¹³ Vale observar que, até a edição da Lei n. 9.868/99, a jurisprudência do STF negava que suas decisões em ADI possuísem efeito vinculante (CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, "Explicando o avanço do ativismo judicial...", cit., p. 374).

⁴¹⁴ A distinção das duas técnicas é simples. Ambas mantêm a norma inferior vigente, mas a interpretação conforme exclui hipóteses de *interpretação* da norma que seriam incompatíveis à Constituição, enquanto a declaração parcial exclui possibilidades de *aplicação* da norma sobre determinadas situações, pois levariam a efeitos inconstitucionais (DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., p. 245).

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 243.

A Lei n. 9.868/99 também regulamenta a ADI por omissão, relativizando algumas determinações constitucionais. O prazo de 30 (trinta) dias para que o órgão administrativo supra a omissão deixa de ser absoluto, podendo ser definido outro prazo “razoável”, de acordo com o interesse público e as condições específicas do caso (art. 12-H, §1º). Além disso, é permitido que o Tribunal conceda medida cautelar⁴¹⁶ que consista na suspensão da aplicação do ato questionado (quando se tratar de omissão parcial), na suspensão de processos judiciais e administrativos ou ainda – daí surge a maior inovação – em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (art. 12-F, §1º). A natureza dessa outra providência não é delimitada pela lei, e tanto isto, quanto as consequências da decisão que reconhece a omissão, são objeto de divergência.

A Constituição, como dito, garante como único efeito da decisão de inconstitucionalidade a notificação do Poder de Estado competente para suprir a omissão, a não ser quando se tratar de omissão de órgão administrativo (entendido como aquele “subordinado, sem função política, meramente executor de leis ou políticas públicas”⁴¹⁷), que terá 30 (trinta) dias para saná-la. Em nenhuma destas hipóteses, porém, a Constituição ou a lei concederam ao STF poderes para suprir, por ato próprio, a omissão. Ademais, em caso de omissão de Poder de Estado, sequer foi possibilitada a fixação de prazo pelo tribunal para a adoção da medida cabível, encerrando-se a função jurisdicional com a sua notificação.

Parte da doutrina, porém, não aceita esta limitação dos efeitos da decisão. A insatisfação surge da possibilidade de que a decisão do tribunal seja simplesmente ignorada pelo Poder responsável pela supressão da omissão, o que levaria a uma manutenção da inconstitucionalidade e, em consequência, a um contínuo prejuízo à força normativa e à efetividade da Constituição.

Em razão disto, há autores que, com base em um suposto direito fundamental à efetivação da Constituição, defendem que o STF poderia fixar um prazo para o saneamento da omissão; transcorrido o prazo sem qualquer medida, o próprio tribunal poderia fixar as normas a serem seguidas, até que o Poder responsável o

⁴¹⁶ É interessante novamente notar que a possibilidade de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também era rejeitada pelo STF até a criação da hipótese pelo legislador em 2009 (DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., p. 253).

⁴¹⁷ VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 122.

fizesse⁴¹⁸. Outros autores, porém, conquanto critiquem a timidez do constituinte, não abrem possibilidade para que o STF supra a omissão⁴¹⁹. Não há como se defender o primeiro entendimento.

Conquanto possa ser frustrante e danoso para a população a não concretização dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado, as atribuições dos órgãos estatais são oriundas da Constituição, que lhes arbitra o espaço em que devem atuar, razão pela qual são chamados de “Poderes constituídos”. A fixação dessas competências tem como objetivo primordial a garantia da democracia e dos próprios direitos fundamentais, como já mencionado anteriormente, sendo necessário o respeito à estrutura constitucional para que isto possa ser alcançado.

Caso o constituinte originário entendesse que o Supremo Tribunal Federal deveria possuir a atribuição de suprir a omissão dos demais Poderes, teria regulado o processo de tal forma. No entanto, não tendo havido a outorga desse poder ao tribunal, nem mesmo pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário – que, conforme mencionado, ampliou bastante os poderes do STF nessa matéria –, não há que se falar em competência implícita ou oriunda de um suposto direito geral de efetividade da Constituição. Tudo isto foi considerado pelo constituinte, originário ou de reforma, que ainda assim decidiu não ceder este poder ao STF, o que leva à conclusão lógica de que tal atribuição não faz parte do sistema constitucional brasileiro. Criá-la por construção doutrinária ou jurisprudencial seria uma clara afronta ao texto constitucional, em óbvia ofensa à força normativa da Constituição que supostamente pretende-se defender.

Este é o entendimento que o STF vem seguindo. Até a conclusão desta pesquisa, não se teve notícia de situação na qual, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o tribunal tenha suplantado a omissão legislativa. Entretanto, ainda que não haja autorização constitucional nesse sentido, o Tribunal vem fixando prazo para que o Poder Legislativo regule a matéria omissa⁴²⁰, chegando até a permitir que, em caso de transcurso do prazo sem

⁴¹⁸ DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., p. 278. Importante mencionar que o autor se afilia ao neoconstitucionalismo (*Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 38-41).

⁴¹⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., pp. 48-49; VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO. *Controle de constitucionalidade*, cit., pp. 121-122.

⁴²⁰ Ainda em 2007, o STF já havia fixado prazo para que o Congresso editasse norma regulando o art. 18, §4º, da CF, que tratava da criação, incorporação e desmembramento, entre outros, de Municípios. Na oportunidade, o tribunal asseverou que não estava impondo um prazo ao Legislativo, mas apenas

regulamentação, outro órgão definisse critérios de aplicação das normas constitucionais⁴²¹.

Com procedimento e efeitos semelhantes à ADI, a **ação declaratória de constitucionalidade – ADC** diverge principalmente quanto ao objeto. A ADC tem como finalidade esclarecer dúvida acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (excluíram-se as normas estaduais) oriunda de controvérsia judicial acerca da aplicação da norma. Ou seja, na ADC não se impugna a constitucionalidade de uma norma; pelo contrário, o proponente da ação busca resolver controvérsia jurisprudencial em relação à norma, obtendo do STF uma manifestação definitiva que reconheça a sua constitucionalidade. Assim, a ADC somente poderá ser proposta de houver comprovação de controvérsia judicial relevante acerca da aplicação de lei ou ato normativo federal – isto é, se tribunais inferiores possuem entendimentos divergentes acerca da constitucionalidade da norma.

Do mesmo modo que na ADI, a decisão tomada na ADC possui eficácia contra todos e vincula o Judiciário e a Administração Pública. Note-se que, em função da natureza dúplice das ações diretas, a ADC também pode levar ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, gerando os mesmos os efeitos decisórios⁴²².

Por sua vez, a **arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF** possui rito e objeto distintos das ações diretas.

Tendo sido regulada pela Lei n. 9.882/99, a ADPF não se limita a leis ou atos normativos, podendo ser proposta contra qualquer ato do poder público, até mesmo os não-normativos⁴²³, que cause lesão a preceito fundamental da Constituição, inclusive leis ou atos normativos anteriores à Constituição e de origem municipal (ambos excluídos do âmbito das ações diretas). Os legitimados para a propositura da arguição são os mesmos que para a ADI.

Os preceitos fundamentais que serviriam de parâmetro para a ofensa justificadora da intervenção judicial não estão definidos na norma reguladora da

fixando um “parâmetro temporal razoável” (ADI 3682, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/05/2007, publicação: DJe-096, de 06/09/2007).

⁴²¹ É o caso da ADO 25, na qual o STF fixou prazo de 12 (doze) meses para que o Congresso regulasse questão tributária. Caso não houvesse edição da lei nesse período, o STF permitiu que o Tribunal de Contas da União definisse os parâmetros a serem aplicados (ADO 25, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30/11/2016, publicação: DJe-182, de 18/08/2017).

⁴²² DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., pp. 304-305.

⁴²³ *Ibidem*, p. 336.

ADPF, cabendo exclusivamente ao STF analisar o que constituiria este preceito⁴²⁴. Entretanto, a doutrina identifica certos preceitos de forma mais ou menos consensual: (i) os direitos e garantias fundamentais, (ii) os princípios constitucionais sensíveis que autorizam a intervenção federal (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; e a prestação de contas da administração pública, direta e indireta), (iii) as cláusulas pétreas e (iv) os princípios fundamentais de configuração política do Estado, previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição. Em todos os casos, também se aceitam como preceitos fundamentais os princípios implícitos relativos a cada um desses temas⁴²⁵.

Conforme definido no art. 1º da Lei n. 9.882/99, a ADPF possui tanto um caráter repressivo, quanto um caráter preventivo contra a lesão ao preceito fundamental. Isto é, a ameaça de ofensa a este preceito já é suficiente para a propositura da ação. Nesse ponto, igualmente é permitida a apresentação da ação para sanar omissão legislativa, entendendo-se que a inação do legislador também pode ofender um preceito fundamental⁴²⁶.

Os atos do poder público que podem ser submetidos ao crivo do STF são os mais diversos possíveis: leis, regulamentos, atos não normativos como nomeações de autoridades e decretos de desapropriação, sentenças normativas da Justiça do Trabalho e até mesmo decisões judiciais com efeitos exclusivos entre as partes⁴²⁷. Isto é, praticamente qualquer ato proferido pelo poder público, por qualquer de seus ramos e entes federativos, pode ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF.

O art. 4º, I, da Lei n. 9.882/99, porém, definiu que a ADPF é uma ação subsidiária, somente podendo ser proposta quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesão. Assim, sendo cabível uma ADI, a ADPF não poderá ser apresentada. Os efeitos da decisão, contudo, são os mesmos das ações diretas: eficácia contra todos e vinculante aos órgãos do poder público. Esses efeitos também podem ser

⁴²⁴ VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 138.

⁴²⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 562; VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., pp. 138-140; DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., p. 318.

⁴²⁶ VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 137.

⁴²⁷ DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade...*, cit., pp. 333-338.

restringidos pelo tribunal por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Como se observa, somente com as ações que podem lhe ser submetidas no controle concentrado de constitucionalidade, o STF tem a possibilidade de rever praticamente todos os atos praticados pelos demais Poderes de Estado, e mesmo por outros órgãos judiciais. As limitações que se observam hoje em dia, como o não controle de atos estritamente políticos (como vetos presidenciais) ou do regimento interno das casas do Congresso, foram impostos pelo próprio tribunal. Caso adotasse uma interpretação ampliativa das normas legais, o STF teria poderes praticamente ilimitados para gerir a atuação do Estado como um todo, o que é bastante perigoso em uma democracia.

É relevante repetir que foi o próprio legislador que outorgou ao STF poderes não previstos originariamente na Constituição, os quais o tribunal havia rejeitado, como é o caso da concessão de medidas cautelares em ADC ou a eficácia vinculante das decisões. Ou seja, pelo menos na esfera das competências, não há como culpar o STF por um ativismo expansivo, uma vez que o tribunal até hoje limita parcialmente suas atribuições para garantir um certo grau de deferência aos Poderes políticos. Mas é preocupante depender exclusivamente da autocontenção do tribunal para garantir algum equilíbrio entre os Poderes, pois a qualquer momento esse entendimento pode ser modificado e levar a um acúmulo ainda maior de poderes na corte suprema.

Poder-se-ia sugerir que tal amplitude de competências não representaria tantos riscos democráticos em razão da natureza da função judicial, que depende de provocação externa para ser exercida. Entretanto, o rol de legitimados para a propositura dessas ações é bastante amplo, permitindo até a atuação de entidades sindicais e órgãos de classe. Logo, ainda que o STF também tente limitar o acesso desses legitimados à jurisdição constitucional⁴²⁸, ainda assim existe grande número de interessados que podem procurar o tribunal para fazer valer as suas visões de

⁴²⁸ A jurisprudência do STF exige que as entidades de classe e as confederações sindicais devem cumprir quatro requisitos para a propositura das ações do controle concentrado: “a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado” (ADI 4912, Relator: Min. Edson Fachin, julgamento em 11/05/2016, publicação: DJe-106, de 24/05/2016). A exigência de pertinência temática também se aplica aos governadores e às mesas das Assembleias Legislativas, que devem demonstrar a repercussão da norma impugnada em seu Estado (ADI 1507 MC-AgR, Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 03/02/1997, publicação: DJ de 06/06/1997).

Constituição. Isto, inevitavelmente, insere o STF de maneira intensa no processo político, vez que o tribunal deverá pelo menos revisar formalmente os atos editados pelos demais Poderes, o que em si só é uma atuação invasiva.

Quanto à participação popular na tomada de decisões do STF, é interessante mencionar que no concernente às ações do controle direto de constitucionalidade, a legislação possibilita a realização de audiências públicas.

Em claro reconhecimento legislativo de que julgamentos de tal natureza não se limitam à análise jurídica, devendo, em alguns casos, analisar situações concretas que fogem da esfera do Direito, as Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 regulam que poderá ser designada audiência pública para a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria sendo julgada, quando for *necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal* (art. 13, XVII, RISTF).

Este é o maior instrumento de participação de particulares no processo decisório do STF, vez que possibilita o debate direto entre especialistas em determinada matéria com os ministros da corte antes da elaboração de suas decisões (as audiências públicas não se confundem com as sustentações orais realizadas no momento do julgamento). Esta é uma forma de mitigar a tomada de decisões pouco fundamentadas e/ou distantes da realidade dos fatos por um grupo reduzido de juízes ignorantes sobre o tema. A primeira vez que o instrumento foi utilizado foi no julgamento de ADI 3510, a ser mencionada no tópico III.3, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança⁴²⁹.

Os amplos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal não se limitam às ações do controle concentrado de constitucionalidade. O controle difuso também possibilita uma atuação intensa da corte superior, em especial (novamente se observa este fator) com os instrumentos criados pelo legislador/constituinte reformador.

Inicialmente, observa-se que uma das principais funções do STF é a revisão de decisões das instâncias inferiores. Através do **recurso extraordinário – RE**, que pode ser apresentado em qualquer tipo de ação⁴³⁰ (cível, criminal, execução fiscal,

⁴²⁹ Informação divulgada pelo Supremo Tribunal Federal, no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>.

⁴³⁰ A decisão sequer precisa ter sido proferida por um tribunal. A Constituição exige apenas que a causa tenha sido decidida em última ou única instância, ou seja, que não haja outros recursos

mandado de segurança, etc.), o tribunal possui a atribuição de revisar decisões dos demais tribunais, estaduais ou federais, que a) contrariem dispositivo da Constituição; b) declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julguem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, CF).

Em função da amplitude de hipóteses de propositura, impulsionada pela prolixidade da Constituição, o constituinte reformador criou o requisito de repercussão geral. Para que o recurso extraordinário seja conhecido, a parte deverá demonstrar que a questão constitucional objeto da irresignação possui repercussão geral (art. 102, §3º, CF). O legislador definiu a repercussão geral como *a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*, presumindo-se que ela esteja presente sempre que a decisão recorrida contrariar jurisprudência dominante ou súmula do STF e/ou reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 1.035, §3º, do Código de Processo Civil – CPC). A Constituição, porém, exige a manifestação de 2/3 dos membros da corte (8 ministros) para a rejeição do recurso por ausência de repercussão geral⁴³¹.

Reconhecida a repercussão geral, o julgamento do processo será usado de paradigma para outros processos semelhantes no próprio STF (art. 325-A do Regimento Interno do STF – RISTF) e nos outros órgãos judiciais quando houver aplicação do mecanismo dos recursos repetitivos, que logo mais será mencionado. Não reconhecida a repercussão geral, os demais recursos fundados na mesma controvérsia serão imediatamente rejeitados pela presidência da corte (art. 327 do RISTF). O reconhecimento da repercussão geral também deve levar ao sobrestamento de todos os processos que discutem a matéria em território nacional (art. 1.035, §5º, CPC).

ordinários cabíveis. Assim, é possível que decisões de juízos singulares ou de juizados especiais (que são compostos por juízes de primeiro grau e tratam de causas de pequeno valor e crimes de menor potencial ofensivo) possam ser objeto de recurso extraordinário (VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 47).

⁴³¹ O art. 324 do Regimento Interno do STF reforça que a recusa da repercussão geral deve ser expressa. Caso os ministros não se manifestem contrariamente à admissibilidade do recurso, presume-se que ele deva ser aceito, a não ser quando o relator declarar que a matéria sob análise é infraconstitucional (e, portanto, não suscetível de discussão em RE), caso no qual a presunção é oposta – não havendo manifestação, considera-se inexistente a repercussão geral.

Ou seja, mero requisito de conhecimento do recurso extraordinário serve para dar à decisão do STF um efeito geral e vinculante, que, a princípio, a decisão não teria. Por se tratar de instrumento do controle difuso de constitucionalidade, as decisões do recurso extraordinário possuiriam apenas eficácia entre as partes do processo e não vinculariam terceiros, outros órgãos judiciais e nem a Administração Pública⁴³².

Entretanto, com a suspensão de todos os processos em tramitação pelo simples reconhecimento da repercussão geral, a vinculação do STF à tese adotada e a inadmissibilidade futura de recursos caso a repercussão geral não tenha sido reconhecida em outro processo, fica claro que o legislador criou um sistema que busca vincular pelo menos o Judiciário aos posicionamentos firmados pelo tribunal superior em sede de recurso extraordinário. Ora, se não será possível sustentar entendimento diferente daquele firmado pela STF, vez que na via recursal eventualmente o processo chegará ao tribunal e a decisão será reformada, é natural que os juízes ordinários se adequem ao entendimento superior e que as partes, em especial a Administração Pública, adequem os seus procedimentos àquilo que decidiu o STF.

Isto não é necessariamente negativo. Mesmo que no Brasil não se aplique a *stare decisis* como nos sistemas de *common law*, um respeito dos juízes ordinários à jurisprudência superior é bem-vindo, pois ajuda a resolver os conflitos apresentados ao Judiciário de forma mais célere e a garantir a segurança jurídica de maneira mais adequada. As observações acima não são críticas ao sistema, mas apenas uma demonstração do amplo poder que foi sendo conferido ao STF pelo legislador ao longo das últimas décadas.

Este poder fica ainda maior no controle concentrado quando se observa os mecanismos da súmula vinculante e dos recursos repetitivos. Ambos, inspirados em algum nível no instituto da *stare decisis*, obrigam a vinculação do Judiciário e da Administração Pública (esta, apenas no primeiro caso) às decisões do STF.

⁴³² A Constituição apenas prevê que compete ao Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (art. 52, X). Somente após este ato do Senado, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei teria eficácia geral. A casa legislativa, é claro, não está obrigada a suspender a lei, sendo esta decisão ato que lhe é privativo (VICENTE PAULO; MARCELO ALEXANDRINO, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 51).

As **súmulas vinculantes** são um instrumento criado pelo constituinte reformador em 2004, que inseriu o art. 103-A à Constituição. O dispositivo define que o STF poderá, de ofício ou por provocação⁴³³, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar, por decisão de 2/3 dos seus membros, súmula com efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e a toda a Administração Pública. A súmula deverá fixar o entendimento do STF relativo a validade, interpretação e eficácia de normas que sejam objeto de controvérsia judicial ou de conflito entre o Judiciário e a Administração Pública, de forma a resolver situação de grave insegurança jurídica e multiplicidade de ações sobre matéria idêntica.

A edição da súmula obriga que os órgãos judiciais e administrativos adotem imediatamente o entendimento firmado pelo STF, podendo ser apresentada reclamação diretamente à corte em caso de contrariedade ou aplicação indevida. Nestas hipóteses, o tribunal tem o poder de anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial e determinar que outra seja proferida (art. 103-A, §3º, CF).

Há autores que entendem que a súmula vinculante é um exemplo de outorga de competência legislativa ao STF, face a vinculação dos órgãos judiciais e administrativos. Não se enxerga a situação de forma tão drástica. Embora seja um grande poder conferido ao Supremo, em especial quando aliado à capacidade do tribunal de anular diretamente um ato administrativo que se oponha à súmula, não se enxerga o instrumento como uma lei formal. Além de não vincular os particulares, o que já afasta o caráter de generalidade da lei, a súmula é apenas o resumo de uma jurisprudência dominante da corte superior do país acerca de uma controvérsia constitucional. Faz todo sentido que, visando dar maior segurança jurídica às relações firmadas diretamente a partir da Constituição, obrigue-se a repetição do entendimento consolidado no tribunal constitucional pelo Estado, pois isto retira obstáculos e torna mais eficiente as relações com o poder público.

Ainda assim, o instrumento não deixa de ser outro exemplo de grande poder conferido ao STF pelo constituinte reformador, que mais uma vez possibilitou que a corte constitucional brasileira fiscalizasse e, possivelmente, limitasse a atuação dos

⁴³³ Podem provocar a edição de súmula vinculante os legitimados para propor a ADI, o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (art. 3º da Lei n. 11.417/06). Os Municípios apenas poderão provocar a edição da súmula incidentalmente no curso de processo do qual sejam parte (art. 3º, §1º, da Lei n. 11.417/06).

demais Poderes, com pouca possibilidade de controle das decisões judiciais por parte destes.

Mais um instrumento de vinculação de outros órgãos às decisões do STF são os **recursos repetitivos**. Também objetivando resolver controvérsia repetida em diversos processos, o sistema de recursos repetitivos está previsto no Código de Processo Civil (art. 1.036 e seguintes). No âmbito do STF, se refere exclusivamente aos recursos extraordinários, não havendo previsão de tal instrumento para outros recursos ou incidentes que possam ser levados ao tribunal.

Através desse mecanismo, o tribunal poderá resolver de uma vez todos os processos que estiverem em tramitação em território nacional nos quais seja discutida a matéria do recurso que lhe for submetido. A análise dos argumentos das partes será feita através de recursos representativos da controvérsia, a serem selecionados pelos presidentes dos tribunais subordinados ou pelo próprio relator do STF. Todos os processos a nível nacional terão sua tramitação suspensa enquanto não houver o julgamento pelo tribunal superior.

Após a prolação do acórdão paradigma pelo STF, os tribunais inferiores deverão adequar as decisões proferidas ao entendimento da corte superior, seja inadmitindo os recursos extraordinários caso a decisão recorrida esteja de acordo com a posição do STF, seja reexaminando a questão caso a decisão seja contrária ao acórdão paradigma (art. 1.040 do CPC).

Esse trâmite de recursos repetitivos pode ser instaurado pelo STF no momento da análise da repercussão geral do recurso extraordinário. Nos termos do art. 328 do RISTF, caso a Presidência do tribunal ou o relator verifiquem, de ofício ou por provocação do interessado, que a matéria veiculada no recurso extraordinário é suscetível de repetição em outros recursos, dará início ao procedimento previsto no CPC.

Desta forma, uma decisão do STF pode dar solução para centenas ou milhares de casos em tramitação em todo o país, sem que para isto o tribunal possua jurisprudência reiterada sobre a questão (como no caso das súmulas vinculantes). É, também, um poder bastante extenso para o tribunal. Mesmo que neste caso não seja determinada a vinculação da Administração Pública à decisão, também é fácil presumir que isto eventualmente ocorrerá, uma vez que o Estado inevitavelmente

perderia as ações judiciais que discutam a matéria já decidida pelo STF em sede de recursos repetitivos.

Nessa esteira, as súmulas vinculantes e os recursos repetitivos são formas de garantir generalidade a decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, através do qual, a princípio, a decisão vincularia apenas os litigantes. Como dito, isto não é necessariamente negativo. As vantagens para a segurança jurídica e para a resolução ágil de processos judiciais são evidentes, mas é digno de reiterada nota o amplo poder que o Supremo Tribunal Federal possui no ordenamento jurídico brasileiro para, em teoria, definir de forma geral e muitas vezes vinculante qualquer questão que almejar.

Outra ação do controle difuso é o **mandado de injunção**, ação criada especificamente para sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que *torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania* (art. 5º, LXXI, CF). Previsto originariamente na Constituição, o instrumento somente foi regulamentado pelo legislador em 2016, tendo sido aplicado até então o procedimento referente ao mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90.

Outros órgãos judiciais possuem competência para o julgamento de mandados de injunção. Ao STF, compete julgar originariamente *o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal* (art. 102, I, *q*, da CF).

A Lei nº 13.300/2016 define que são legitimados para a impetração do mandado de injunção os titulares dos direitos e garantias prejudicados, enquanto o impetrado deve ser o Poder, o órgão ou a autoridade responsável pela edição da norma omissa.

As decisões proferidas em sede mandado de injunção, instrumento do controle difuso, possuem eficácia limitada às partes litigantes. Entretanto, a autoridade judicial, ao deferir a injunção, deverá determinar prazo razoável para que a autoridade impetrada edite a norma regulamentadora (o que também alcança

o Poder Legislativo) e definir como se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas prejudicadas pela mora legislativa. Inclusive, se o Judiciário verificar que a autoridade impetrada já desrespeitou o prazo fixado em mandado de injunção anterior, poderá determinar o cumprimento imediato da medida na nova injunção. A decisão judicial produzirá efeitos até a edição da norma regulamentadora.

Até mesmo em mandados de injunção coletivos a decisão somente surtiria efeitos em relação aos membros da coletividade, do grupo ou da categoria representados, sendo um instrumento tipicamente de controle difuso de constitucionalidade. No entanto, quando isto for essencial ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa atingido, a lei permite, excepcionalmente, que seja dado efeito *ultra parte* ou *erga omnes* à decisão (art. 9º, I, da Lei 13.300/16).

Mais uma vez, se observa grande ampliação dos poderes do STF originariamente previstos na Constituição pelo legislador. O constituinte originário não autorizou o Judiciário a definir prazos ao legislador e nem lhe autorizou a editar normas para situações concretas em caso de omissão da autoridade competente. Além disso, é digno de observância que mesmo o STF adotava posicionamento tímido em relação aos efeitos das injunções.

No início de sua atuação, a jurisprudência da corte entendia que o mandado de injunção possuía efeitos semelhantes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a falta de norma regulamentadora deveria ser comunicada ao legislador, e só⁴³⁴. Pouco depois, o STF passou a admitir a fixação de prazo para a atuação do legislador e a indenização do detentor do direito caso não houvesse a edição da norma⁴³⁵.

O máximo de poder exercido pela jurisprudência do STF até a edição da Lei 13.300/16 foi a determinação de aplicação analógica de normas. Nos casos que julgaram os direitos de greve⁴³⁶ e à aposentadoria especial dos servidores

⁴³⁴ MI 107, Relator: Min. Moreira Alves, julgamento em 21/11/1990, publicação: DJ de 02/08/1991.

⁴³⁵ MI 283, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/03/1991, publicação: DJ de 14/11/1991.

⁴³⁶ Três mandados de injunção sobre a questão foram julgados no mesmo dia: MI 712, Relator: Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008; MI 708, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008; MI 670, Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008.

públicos⁴³⁷, o tribunal decidiu que deveria ser aplicada a legislação cabível aos trabalhadores do setor privado enquanto não houvesse edição de normas específicas pelo legislador.

Ambos os direitos, vale esclarecer, são oriundos de normas constitucionais de eficácia limitada, que dependiam da edição de lei para serem concretizadas. O direito à aposentadoria especial dos servidores públicos que trabalhem em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física está previsto no art. 40, §4º, da CF, enquanto o direito à greve dos servidores públicos está previsto no art. 37, VII, da CF, que definem que este direito será exercido conforme definido em lei específica. No entanto, 19 (dezenove) anos após a promulgação da Constituição, os direitos ainda não haviam sido concretizados pelo legislador. Por essa razão, o STF inovou em sua jurisprudência e decidiu que ambos os direitos poderiam ser exercidos nos termos da legislação aplicável aos trabalhadores do setor privado até que houvesse edição de normas específicas aos servidores públicos.

Nota-se que o tribunal superior não regulamentou de forma autônoma o exercício de direitos fundamentais. Em verdade, utilizou-se de normas editadas pelo próprio legislador para garantir o exercício dos direitos fundamentais, o que é uma posição moderada. Todavia, a legislação que recentemente regulamentou o mandado de injunção permite que o STF adote uma posição ativa, fora da alçada ordinária de um tribunal constitucional, vez que permite que a corte fixe as condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas prejudicados, podendo até mesmo dar a essa regulamentação efeitos *erga omnes*. Não há como interpretar isso de outra forma senão como a concessão, pelo legislador, de poderes legislativos a um tribunal judicial, o que é bastante preocupante.

III.2 Configuração normativa do Estado brasileiro e a separação de poderes

O que se extrai desta exposição é que o legislador brasileiro vem reiteradamente, ao longo das últimas décadas, majorando as atribuições do Supremo Tribunal Federal, outorgando-lhe cada vez mais poderes para que influa no dia a dia político do país e exerça, em diversas situações, papel que caberia

⁴³⁷ MI 721, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/08/2007, publicação: DJe-152, de 30/11/2007

exclusivamente ao Poder Legislativo. Isto pode ter consequências nefastas para a democracia.

O princípio do equilíbrio entre os Poderes foi evidentemente mitigado, podendo até ser colocado em dúvida se ainda se faz presente no Brasil. Isto, porém, não se deu por ação do Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes se recusou a ampliar judicialmente os seus poderes, mas sim pelo próprio legislador. Desde a promulgação da Constituição, a norma superior foi modificada algumas vezes para conceder maiores atribuições ao STF, o que veio acompanhado da edição de normas infraconstitucionais que ampliaram ainda mais essas competências, talvez até de forma inconstitucional.

É discutível se uma lei poderia outorgar ao Poder Judiciário atribuição tipicamente legislativa – como se observa na regulamentação do mandado de injunção. Por ser matéria afeita a um dos princípios fundamentais da República (e de qualquer democracia), qualquer alteração que afete de forma tão profunda a harmonia entre os Poderes deve ser feita através de um processo de emenda constitucional, e não por meio de uma norma legal ordinária e subordinada à Constituição.

Observe-se que as súmulas vinculantes foram criadas por emenda constitucional que previa expressamente a vinculação dos órgãos judiciais e da Administração Pública ao entendimento do Supremo Tribunal. Entretanto, embora o mandado de injunção autorize a edição de normas inéditas pelo Judiciário às quais pode ser conferida eficácia *erga omnes* (e não apenas vinculação dos Poderes do Estado, válido ressaltar), a alteração do ordenamento não foi feita no nível constitucional, o que parece ser inadequado.

O fato é que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, possui poderes muito mais amplos que aqueles que possuía após a promulgação da Constituição. Esses poderes, ao contrário do que se possa pensar, não são oriundos de um ativismo judicial exacerbado, mas sim de conduta do próprio legislador, que continua alargando as competências da corte constitucional, em prejuízo à sua própria independência e, em última análise, ao povo, que tem seus direitos fundamentais subordinados à vontade de um tribunal não eleito e com pouco controle sobre sua atividade.

Isto não quer dizer, é claro, que o STF não tenha aceito esses poderes de forma ampla e irrestrita, com tímida – ou inexistente – autocontenção. Como tribunal ativista, o STF utiliza os poderes que lhe foram outorgados pelo Congresso de forma extensa, e muitas vezes até inadequada, como se verá no tópico seguinte. O que se observa apenas é que o tribunal não ampliou seus poderes normativos por meio de suas decisões; isto foi feito pelo legislador.

Normativamente, nota-se que há um desequilíbrio entre os Poderes de Estado causado pela ação legislativa. O Supremo Tribunal Federal se apresenta como órgão máximo no ordenamento jurídico, com a capacidade de rever toda decisão legislativa e administrativa e de regulamentar quaisquer questões políticas e sociais de forma abstrata, inclusive vinculando o Poder Executivo e os demais órgãos judiciais. Este quadro torna questionável a existência do princípio do equilíbrio e harmonia dos Poderes. O questionamento é respondido com a análise da jurisprudência do tribunal.

III.3 Análise dos precedentes do tribunal

Como dito, este trabalho tem como objetivo testar a hipótese de que o neoconstitucionalismo vem influenciando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando ao tribunal sustentação teórica para a adoção de uma conduta de usurpação judicial, com um processo de tomada de decisões com pouco ou nenhum respeito aos espaços dos demais Poderes de Estado, às normas legais e à própria Constituição.

Para realizar esta avaliação, foram analisadas decisões representativas da jurisprudência do tribunal em busca de critérios que indicassem a influência da ideologia neoconstitucionalista, conforme exposto no tópico I.8: (1) utilização de argumentos morais não positivados; (2) reconhecimento de poderes judiciais que não tenham sido outorgados pela Constituição ou pela legislação; (3) imposição das preferências políticas do tribunal em detrimento das escolhas legítimas feitas pelo órgão legislativo ou pelo administrador; (4) supremacia judicial absoluta para definição de questões afeitas aos direitos fundamentais; (5) não aplicação das normas constitucionais ou legais com base em critérios de justiça ou valores morais; (6) proeminência de princípios em detrimento às regras.

Com esta análise, foi confirmado que o tribunal é extremamente ativista, em especial na espécie de usurpação judicial. Não são poucos os casos em que o STF avoca para si a competência para decidir certas questões que ou já haviam sido decididas pelo legislador ou que a Constituição não lhe dava espaço para decidir. Um exemplo é o emblemático caso do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (chamadas no Brasil de “uniões homoafetivas”): conquanto a Constituição defina expressamente que a união estável é formada entre homem e mulher, o STF decidiu que o conceito também devia abarcar uniões homossexuais.

Para contornar as limitações para sua função oriundas do ordenamento jurídico e de princípios democráticos elementares, o STF utiliza argumentos elásticos, com frágil sustentação normativa, amparando-se em elaborações complexas criadas a partir de princípios, previstos ou não na Constituição, que pouco dizem acerca da situação concreta. Daí surge parte da influência neoconstitucionalista encontrada na jurisprudência do tribunal.

A usurpação judicial, por si só, não pode ser vista como indício de influência do neoconstitucionalismo. Condutas desta espécie, como dito, existem em diversos ordenamentos há bastante tempo, não dependendo de construções neoconstitucionais para se fazerem presentes. No caso, devem ser buscadas nos fundamentos decisórios as características que demonstrariam essa influência neoconstitucional. Elas foram encontradas na jurisprudência do STF, ainda que não da forma predominante apontada pela doutrina.

No julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277⁴³⁸, que decidiram a questão das uniões homoafetivas, isto fica evidente. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal determina claramente que *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*. Ou seja, a grande barreira que o tribunal deveria trespassar ao julgar o caso seria a limitação existente na própria Constituição acerca da configuração da união estável. Surpreendentemente, os ministros poucos se preocuparam com isto.

Os votos dos ministros sustentaram-se no princípio da igualdade, no compromisso constitucional com a ausência de discriminação, na liberdade, na

⁴³⁸ Em razão da identidade do objeto entre ambas as ações, elas foram julgadas em conjunto. A partir desse momento, será feita referência apenas à ADPF 132.

necessidade de proteção das minorias pelo Estado, entre outros argumentos dessa natureza. Mas a análise específica do texto constitucional, que efetivamente limita (ou, no máximo, dificulta) o reconhecimento das uniões homoafetivas, foi bastante tímida. O relator da ação, Ministro Ayres Britto, analisou em poucos parágrafos a questão, e argumentou que a referência a “homem e mulher” apenas dá uma sequência ao incentivo ao casamento e à tradição sócio-religiosa brasileira, onde o casamento sempre foi entre homem e mulher, e que a menção aos dois gêneros teve como objetivo promover a igualdade entre homem e mulher, como forma de combate ao modelo patriarcal. Esses argumentos são tão dissociados da realidade dos fatos que a Ministra Carmen Lúcia demonstrou que, nos debates da Assembleia Constituinte, nada foi dito em relação a emancipação da mulher neste dispositivo, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou que os constituintes decidiram inserir a expressão “homem e mulher” para impedir a união entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda assim, os ministros ignoraram a previsão constitucional e deram “interpretação conforme” ao artigo do Código Civil que basicamente reproduz o texto constitucional⁴³⁹, fazendo-o com base em argumentos filosóficos, referenciando poemas, textos psicografados e falando em combate ao preconceito e necessidade de respeito do sistema legal aos objetivos da Constituição, mesmo que esta claramente disponha em sentido contrário.

A decisão possui várias questões dignas de notas. Inicialmente, nota-se a contradição: embora o Código Civil basicamente reproduza a norma constitucional, o tribunal afirma que a norma legal discrimina e limita a união estável a homem e mulher, mas não enxerga essa limitação no texto constitucional de mesmo teor. Ao afirmar que a Constituição não proíbe o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, o tribunal exige que o constituinte dispusesse “é proibida a união estável entre homem e mulher” para que fosse considerado alheio ao conceito de união estável a relação entre pessoas do mesmo gênero.

Algo semelhante foi entendido no julgamento do *habeas corpus* nº 82.859, que declarou inconstitucional a vedação à progressão de pena nos crimes hediondos

⁴³⁹ Art. 1.723 do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

(a lei determinava que o condenado deveria cumprir a integralidade da pena em regime fechado), no qual o corte entendeu que o legislador ordinário não poderia criar distinções entre os cumprimentos das penas dos crimes de distinta natureza porque esse tratamento desigual não estava expressamente determinado na Constituição. Esta é uma compreensão equivocada das normas constitucionais e uma limitação exacerbada da liberdade do legislador, criando um entendimento de que o legislador somente poderia agir quando houvesse disposição expressa na Constituição.

Outrossim, na ADPF nº 132, para superar o impedimento da regra constitucional acerca da união estável, o tribunal menciona que a interpretação literal do dispositivo em análise “mata o espírito” da Carta Magna. Em razão disso, o tribunal deveria estar motivado a adequar o ordenamento jurídico aos objetivos maiores da norma superior. No entanto, é claro que o tribunal não estava adequando o ordenamento à Constituição, mas sim adequando esta à visão de mundo dos ministros. A Ministra Carmen Lúcia chega a falar que se a Constituição possuía um objetivo emancipatório, não faria sentido manter uma norma discriminatória, e por isso o tribunal deveria afastar a limitação da união estável a casais heterossexuais.

Ora, em primeiro lugar, claramente não é a função do STF definir a redação das disposições constitucionais. Esta função coube ao constituinte originário e agora deve ser exercida pelo legislador, na função de constituinte derivado. Cabe ao STF apenas interpretar as normas postas na Constituição, e esta interpretação tem como primeiro limite o conteúdo gramatical do texto. O STF não pode extrair da regra “não haverá pena de caráter perpétuo” (art. 5º, XLVII, b) que é possível condenar alguém a prisão perpétua porque não faria sentido permitir a convivência social de pessoas perigosas, assim como não pode dizer que “união estável entre homem e mulher” admite o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo porque não faz sentido manter uma norma discriminatória.

Além de essa atuação ser função legislativa, sendo uma óbvia situação de usurpação judicial, o argumento ignora o caráter amplo e irrestrito da Constituição originária, que, em teoria, pode prever qualquer tipo de normas, inclusive que se oponham aos princípios gerais definidos na carta.

O fim do preconceito, mencionado pelos ministros, é um objetivo constitucional, mas a própria CF adota, até hoje, dispositivos preconceituosos. A

título exemplificativo, anteriormente a Constituição possuía dispositivo expresso retirando certos direitos trabalhistas das empregadas domésticas, e ainda mantém a aposentadoria compulsória dos servidores públicos maiores de 70 (setenta) ou 75 (setenta e cinco) anos⁴⁴⁰, clara discriminação contra idosos.

Ainda que para os julgadores não seja razoável que a Constituição preveja normas antagônicas, essa situação é plenamente compatível com a natureza da norma superior, que pode prever um princípio geral mas dar-lhe uma série de limitações – como é o caso da liberdade de imprensa, que tem sua amplitude limitada pela própria CF. O que é incorreto, vez que incompatível com suas funções constitucionais e democráticas, é que o STF faça esse juízo de valor acerca da adequação das normas constitucionais originárias. Ao fim, neste caso, o STF deu interpretação conforme à própria Constituição, a fim de que ela se adequasse à vontade de seus ministros.

Tratando dessa limitação que a Constituição impõe a certos direitos, de forma a já resolver os conflitos que poderiam surgir entre eles, é interessante mencionar o Caso Ellwanger (HC nº 82.424), outro exemplo do pouco respeito que os ministros conferem às normas constitucionais.

O *habeas corpus* tratava da autoria, edição e publicação de livros com conteúdo antissemita pelo paciente e se tal conduta poderia ser enquadrada no conceito de racismo, o que tornaria o crime imprescritível, conforme disposto no art. 5º, XLII, da CF. Embora o objeto do HC fosse apenas este, as elaborações formuladas por diversos dos ministros fugiram bastante desse parâmetro, tendo chegado a discutir os limites da liberdade de expressão – o que sequer foi argumentado pelo proponente da ação, que reconheceu que o paciente cometeu a conduta criminal.

Conquanto a Constituição preveja no art. 220, §1º, que a liberdade de informação possui como limites, entre outros, a honra, alguns ministros passaram boa parte de seus votos questionando se haveria limite à liberdade de expressão, e se esta poderia ser compatibilizada com condutas preconceituosas – ainda que, novamente, isto não tenha sido requerido pelo impetrante do *habeas corpus*. Esta discussão levou dois ministros a concederem o *habeas corpus* por entenderem não

⁴⁴⁰ Valendo notar que a própria diferenciação da idade da aposentadoria compulsória em razão do cargo ocupado é uma forma de privilegiar certas categorias.

ter ocorrido ilegalidade na conduta do paciente, mesmo sob advertências dos demais ministros da corte acerca dos limites objetivos da demanda.

Ou seja, ignorando norma constitucional que limita a discussão acerca do conflito entre direitos fundamentais, alguns dos ministros tomaram decisão contrária ao ordenamento e que excedia os limites objetivos da demanda, a fim de dar ao caso a sua visão de como as coisas deveriam ser, ainda que a Constituição e as normas penais que criminalizam a conduta praticada pelo paciente determinem o contrário. Mesmo que o resultado final do julgamento não tenha sido nesse sentido, vez que a maioria dos ministros votou pela existência de crime de racismo, o desrespeito aos limites da demanda para decidir questões que não estão sob julgamento, ou para utilizar os argumentos do voto como suposta jurisprudência da corte em julgamento futuro, é característico da jurisprudência do STF.

No julgamento da ADPF nº 187, por exemplo, que decidiu a controvérsia gerada em torno da “Marcha da Maconha”, manifestação social realizada em diversos estados brasileiros defendendo a descriminalização do uso do entorpecente, o relator, Ministro Celso de Mello, fez longa exposição acerca da liberdade de religião e dos direitos das minorias, mesmo reconhecendo que a primeira discussão não possuía pertinência para o objeto da demanda.

Quanto aos direitos das minorias, o principal direito fundamental em discussão foi a liberdade de reunião, que é geral e não possui relação direta com minorias, não possuindo relevância para o caso esmiuçar a necessidade de proteção do Estado a minorias desprotegidas se isto sequer era controvérsia no caso. Além disso, quando se fala, juridicamente, em minoria, normalmente se refere a grupos sociais identificáveis e delimitáveis, a coletividades. Os participantes da Marcha da Maconha são de origens diversas, se unindo apenas em torno dessa pauta política, e não por outros critérios que os fizessem serem considerados minorias a receberem proteção jurídica especial (como seriam os negros, os LGBT, etc.). Isto, inclusive, foi observado pelo Ministro Ayres Britto, que afirmou que estava em julgamento um direito subjetivo de todos, com a máxima abrangência para a expressão.

Aliás, em seu voto neste caso, o Ministro Celso de Mello menciona voto vencido proferido pelo juiz Oliver Wendell Holmes, Jr., da Suprema Corte norte-americana. O interessante desta menção é que o ministro afirma que o voto vencido

“deixou positivado um ‘dictum’”⁴⁴¹. Ou seja, no entendimento do Ministro Celso de Mello, os *dictum* das decisões, ainda que façam parte de votos dissidentes, possuem peso decisório, o que, a nosso ver, é inapropriado. Em um sistema, como o brasileiro, no qual se entende majoritariamente que os motivos determinantes não fazem coisa julgada, sendo vinculante apenas a parte dispositiva das decisões, é interessante que um ministro da Suprema Corte exponha esse tipo de posição, que explica o porquê de, em seus votos, adotar fundamentos prolixos e, não raras vezes, que excedam aos limites da demanda.

Esses votos delongados costumam ser repetidos pelo Ministro em causas que não possuem identidade de objeto tão significativa, o que demonstra a superficialidade e elasticidade dos fundamentos principiológicos adotados pelo julgador. No julgamento da ADPF nº 54, que tratava do aborto de fetos anencéfalos, o Ministro repetiu muitos dos argumentos utilizados na ADC nº 19 e na ADI nº 4424, que, ambas julgadas no mesmo dia, tratavam da constitucionalidade de certos aspectos da Lei Maria da Penha, que disciplina a atuação do Estado em casos de agressão doméstica contra a mulher. As ações não possuíam objetos semelhantes; ainda que envolvessem aspectos da autonomia da mulher, as ações contra a Lei Maria da Penha tratavam basicamente de questões processuais e de competência judicial, enquanto a ADPF nº 54 tinha maior relação com a dignidade humana e direitos fundamentais.

Ainda assim, expressiva parte dos votos do Ministro Celso de Mello nos casos era semelhante, o que aponta o caráter manifestamente principiológico das decisões e a formulação de argumentos abstratos que sirvam para dar aparência de juridicidade às decisões subjetivas do julgador. Ambas as características são representativas do modo de decidir de boa parte dos ministros do STF.

A adoção de decisões subjetivas é marcante na jurisprudência do tribunal, e algumas vezes os ministros sequer escondem essa atuação. O Ministro Luiz Fux afirmou ao julgar as uniões homoafetivas que deixou “fluir a voz do coração”⁴⁴²; a Ministra Carmen Lúcia usualmente expõe seus sentimentos pessoais como justificativa para o seguimento de determinada posição, evidenciando que cria

⁴⁴¹ ADPF 187, Relator: Min. Celso De Mello, julgado em 15/06/2011, publicação: DJe-102, de 29/05/2014. p. 110, grifos no original.

⁴⁴² ADPF 132, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-198, de 14/10/2011. p. 76.

argumentos jurídicos para dar-lhes proteção⁴⁴³; a Ministra Ellen Gracie afirmou que ficava feliz em fazer parte do tribunal e poder proferir decisão protetiva dos direitos das mulheres – sendo que a causa discutia norma de procedimento processual (HC 106212, p. 32); Celso de Mello repetiu em diversas causas que o STF deve ter uma agenda de proteção aos direitos fundamentais (ADPF 187, HC 82424, ADPF 54, ADPF 132, HC 84078); Marco Aurélio entendeu que o STF deveria avocar para si a responsabilidade de regular a utilização de algemas (HC nº 91.952, que levou à edição da Súmula Vinculante nº 11).

Aliado a esses exemplos de confirmação expressa de subjetividade nas decisões, está o caráter proeminentemente principiológico das decisões. Sendo uma forma de os juízes burlarem os limites legais e constitucionais de sua atividade, a utilização de princípios, expressos ou implícitos, para a tomada de decisões é característica marcante da jurisprudência do STF.

As decisões da corte são costumeiramente fundadas em princípios constitucionais como liberdade, segurança, igualdade e dignidade da pessoa humana⁴⁴⁴. Mas esses princípios, como se sabe, podem ser utilizados para justificar qualquer tipo de decisão, tendo em vista o seu caráter manifestamente abstrato. O princípio da igualdade pode ser utilizado para justificar uma discriminação, a segurança para limitar a liberdade e a dignidade pode dizer exatamente o que o julgador quiser que diga, vez que ainda bastante controverso o conteúdo da dignidade humana protegida pelo ordenamento jurídico.

Por conseguinte, as decisões da corte superior brasileira possuem poucas amarras jurídicas. Tendo-se dado espaço para decidir prioritariamente com base em princípios, os ministros visam se blindar contra críticas às posições que adotam, argumentando que se fundaram apenas no conteúdo da Constituição – mesmo que

⁴⁴³ Em um dos casos que abordou a Lei Maria da Penha, a Ministra argumentou que: “não é a carne de uma de nós, até porque, todas as vezes que uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são [...] E esses preconceitos dificultam muito a vida de todas nós, mulheres” (HC 106212, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 24/03/2011, publicação: DJe-112, de 13/06/2011. p. 17). No julgamento da ADPF nº 186, acerca de ações afirmativas, mencionou experiências racistas que presenciou duas pessoas passando (ADPF 186, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/04/2012, publicação: DJe-205, de 20/10/2014. p. 133).

⁴⁴⁴ Sobre o enquadramento da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico, conferir: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n. 11. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

esse conteúdo seja bastante abstrato, e a forma como se dá sua aplicação no caso concreto dependa basicamente da vontade do julgador.

Essa análise principiológica, vale observar, se faz presente ainda quando o caso não requer esse tipo de argumento. Por exemplo, no julgamento das ações que envolviam a constitucionalidade de certos aspectos da Lei Maria da Penha, acima citadas, os ministros elaboraram delongados argumentos acerca da necessidade da proteção do Estado às vítimas de violência doméstica, que envolviam a autonomia feminina, análises acerca da proporcionalidade e proteção insuficiente e menções à vulnerabilidade feminina.

Todos esses argumentos, vale notar, foram primeiramente mencionados no julgamento de um *habeas corpus* proposto por um condenado por agressão doméstica que questionava a constitucionalidade do art. 41 da referida lei. O dispositivo proibia o julgamento dos crimes dessa natureza sob o rito dos juizados especiais, o que permitiria a realização de acordos não-penais com o acusado antes mesmo que ele viesse a ser processado. Ou seja, a questão era meramente de competência processual e poderia ser facilmente resolvida sob o argumento de opção legislativa. Ainda assim, toda essa argumentação foi elaborada e, um ano depois, foi reutilizada no julgamento das ADC nº 19 e da ADI nº 4424 como fundamento das decisões proferidas nas ações de controle concentrado.

No julgamento da ADI nº 4424, inclusive, os ministros utilizaram argumentos amplamente principiológicos para decidir algo que eles mesmos mencionaram ser meramente questão de interpretação legal. A Lei Maria da Penha previa que a lei dos juizados especiais não poderia ser aplicada aos crimes de violência, como dito. Daí, foi criada uma controvérsia jurídica: isso se aplicaria a todas as disposições da lei dos juizados, ou apenas ao procedimento processual? Isto possuía relevância porque a lei dos juizados regulou que os crimes de lesão corporal dependiam de representação da vítima para serem processados; aplicando-se isto aos crimes de violência doméstica, isto significaria que a vítima teria que representar contra seu marido/companheiro/pai para que o Ministério Público pudesse atuar no caso. Sendo assim, cabia ao STF apenas definir a amplitude de um artigo legal, a fim de garantir segurança jurídica e uniformidade ao sistema⁴⁴⁵. Entretanto, mais uma vez

⁴⁴⁵ É até questionável se cabia ao STF julgar esta questão, vez que se trata de questão infraconstitucional e que, portanto, foge da competência do tribunal constitucional.

ficou evidente a amplitude argumentativa utilizada pelo tribunal para resolver o caso, que poderia ser, basicamente, decidido através do emprego de técnicas interpretativas ordinárias.

Essa abstração das decisões é mais agravada quando os ministros decidem recorrer a princípios “inventados”, como são os exemplos do princípio da realidade (utilizado na ADI nº 4424 – sobre a Lei Maria da Penha), o princípio do reconhecimento (utilizado na ADPF nº 132, sobre uniões homoafetivas), além do conhecido princípio da razoabilidade, fórmula à qual os ministros do STF recorrem com frequência para utilizar as suas razões pessoais, que supostamente seriam dotadas da mais alta racionalidade, para combater alegados arbítrios estatais⁴⁴⁶. Esses princípios, com conteúdos ainda mais desconhecidos do que aqueles previstos na Constituição ou do que o princípio da proporcionalidade – que, embora implícito, é elemento democrático essencial –, ampliam ainda mais os limites decisórios do tribunal, tornando as suas decisões menos juridicamente controláveis.

Outro suposto princípio que o tribunal utiliza de forma recorrente é a justiça. Este critério foi mencionado no Caso Ellwanger (HC nº 82.424) para dizer que o Estado devia fazer justiça ao povo judeu, no HC nº 97.256, para decidir que o regime inicial do crime de tráfico de drogas não deveria ser obrigatoriamente o fechado, na ADPF nº 186 para dizer que as ações afirmativas eram uma luta por justiça – com o Ministro Luiz Fux afirmando que era um “missionário de fazer justiça” (p. 100) –, na ADPF nº 54, na qual o mesmo ministro questionou a justiça em obrigar uma mulher gestante de um feto anencéfalo a manter a gravidez, e na ADI nº 3510, na qual foi dito que o tribunal deve garantir a justiça material.

Quanto à ADPF nº 132, impende lembrar que os ministros, na prática, modificaram o conteúdo de um artigo originário da Constituição, para que este se adequasse aos seus ideais de justiça. O Ministro Luiz Fux inclusive afirmou que cabe ao STF dar uma interpretação à Constituição que a adeque ao estágio atual da sociedade e que o valor da Justiça deve ser garantido nesse caso mesmo que ainda não se tenha desvendado exatamente o que é. O afastamento implícito de um dispositivo constitucional por ser injusto lembra o posicionamento de Jorge Ferraz

⁴⁴⁶ Aqui, valem as observações feitas no tópico I.7 acerca da insegurança jurídica advinda deste tipo de argumento face a inerente subjetividade da “razão”.

de Oliveira Júnior acerca da possibilidade de inaplicação de normas injustas contidas da Constituição.

Aqui, também valem as críticas feitas ao longo do trabalho acerca da utilização da justiça, iminentemente subjetiva, como critério de julgamento. Mas a vinculação da corte a este ideal não é consistente.

No julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia, que protegeu de responsabilização todos que cometeram crimes políticos no período da ditadura militar, a Ministra Carmen Lúcia falou que nem sempre as leis são justas, o que é uma consequência inerente da função de pacificação social que o Direito deve exercer. Com isso, não declarou a lei inconstitucional, pois entende que o Judiciário não pode invalidar legislações pretéritas sob esse critério. O mesmo entendimento foi seguido pelos demais ministros no julgamento. Entretanto, no julgamento da ADPF nº 132 (uniões homoafetivas), a mesma ministra afirmou que é objetivo do tribunal garantir a justiça material, tendo afirmado que é obrigação daqueles comprometidos com a democracia e a justiça, em especial os juízes, rejeitar qualquer tipo de preconceito.

Assim como em relação a outros critérios, nota-se que o ideal de justiça é utilizado ou rejeitado pelo tribunal quando lhe convém, o que deixa ainda mais evidente, em qualquer das situações, a subjetividade adotada pelos ministros ao proferirem suas decisões e elaborarem as suas argumentações, não havendo notável esforço para esconder a vertente política de seus atos. Inclusive, o STF já decidiu que sua atividade é primordialmente política, sendo o tribunal a instância definidora dos limites do poder.

No julgamento do mandado de segurança nº 26.603, no qual o tribunal criou a fidelidade partidária⁴⁴⁷, o STF concluiu que a jurisdição constitucional é atividade eminentemente política, pois, em suas decisões, a corte possui a prerrogativa de decidir a substância do poder, tendo a capacidade extraordinária de reformular a Constituição, sendo a interpretação, na visão dos ministros, um dos processos informais de mutação constitucional. A Constituição estaria em elaboração constante pelos tribunais, tendo sido conferido ao Supremo Tribunal pelo

⁴⁴⁷ Conquanto a ação discuta questão de organização política, e não de direitos fundamentais, é referenciada pelos ministros no julgamento de casos desta natureza como guia dos limites da atuação do STF.

ordenamento jurídico brasileiro o monopólio de proferir a última palavra acerca da interpretação das normas constitucionais.

Oito anos depois desse julgamento, o STF parece ter retrocedido, ao menos argumentativamente, em sua posição. Na ADI nº 5.105, que também tratava de questão política, o STF rejeitou o juriscentrismo, afirmando que lhe cabe “encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo”⁴⁴⁸. A corte observou que ainda que o sistema constitucional lhe dê a última palavra, não existe supremacia judicial em sentido forte, vez que é perfeitamente cabível ao legislador reformar as decisões proferidas pelo STF, seja através da aprovação de legislação ordinária, seja através de emendas constitucionais, desde que respeite o ponto ótimo de equilíbrio entre as funções dos Poderes.

Todavia, embora a rejeição ao juriscentrismo seja a decisão mais recente, o STF, em verdade, continua adotando posicionamento bastante abrangente quanto aos seus limites institucionais. O respeito que o tribunal confere ao legislador depende integralmente das preconcepções dos julgadores, e não de entendimentos seus acerca dos limites de sua função. Até mesmo na ADI nº 5.105, conquanto aceite a reforma de suas decisões pelo legislador, o STF impõe uma série de restrições ao legislador nessa atuação (respeito aos limites impostos pelas cláusulas pétreas, maior esforço argumentativo do legislador para demonstrar que a sua decisão é mais acertada que a do tribunal, possibilidade de revogação dessa reforma pelo STF, entre outras), apenas reiterando, na prática, que é o tribunal quem decidirá o que é ou não válido.

Ademais, é mencionado na decisão que o STF tem a faculdade de invalidar quaisquer normas jurídicas, o que é incorreto em dois aspectos: (i) a invalidação de normas constitucionais não é uma faculdade, é uma obrigação institucional do tribunal, não podendo ser vista como exercício de conveniência dos ministros; (ii) o STF não tem a possibilidade de invalidar todas as normas, mas apenas as que estiverem em desacordo com a Constituição.

A visão magnânima que o STF tem de sua atividade é estendida para todo o Judiciário. No julgamento do HC nº 97.256, que declarou a inconstitucionalidade da

⁴⁴⁸ ADI 5105, Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 01/10/2015, publicação: DJe-049, de 16/03/2016. p. 15.

imposição do regime inicial fechado para os crimes previstos na Lei de Drogas, o tribunal utilizou como um de seus argumentos principais, inclusive inserindo-o na ementa do julgamento, que é prerrogativa exclusiva do juiz definir o tipo de pena que entender adequada de acordo com sua discricionariedade, não podendo o legislador retirar isto dele. Entendimento manifestamente incorreto, que retira da função legislativa boa parte de sua importância; o que é ainda mais agravado por se tratar da esfera criminal, na qual é tão essencial o respeito à legalidade e a limitação da discricionariedade.

No fim das contas, o que se observa é que, embora os ministros afirmem na superfície que respeitam o espaço do legislador, o que realmente decidem é que o STF possui a última palavra sobre quaisquer questões nacionais, cabendo à conveniência dos ministros anular, ou não, os atos praticados pelos demais Poderes. Fica evidente, então, o casuísmo argumentativo do STF. O tribunal não possui posicionamento fixo nem mesmo em relação ao seu espaço de atuação.

Outrossim, a utilização exacerbada de princípios (expressos ou não), argumentações genéricas, subjetivismos, critérios de conveniência e do ideal de justiça revelam algo elementar: o STF adota uma vinculação entre Direito e Moral.

Apesar de menções a respeito à legitimidade parlamentar, aos fundamentos democráticos e à limitação da atividade judicial, os ministros do Supremo Tribunal Federal não deixam de aplicar os seus entendimentos morais pessoais aos casos em julgamento. É o que se observa quando a Ministra Carmen Lúcia se insere como vítima dos crimes e preconceitos sociais contra a mulher, utilizando isso como justificativa de seus votos; ou quando o Ministro Gilmar Mendes analisa a validade do argumento da Marcha da Maconha para decidir se ela deve ser liberada ou não, afirmando que se a marcha defendesse algo que ele pessoalmente entendesse errado, julgaria de forma distinta; ou quando o Ministro Celso de Mello afirma estar votando de determinada forma no caso das células tronco embrionárias para retirar certas pessoas da angústia e dar-lhes esperança.

Esses comentários pelos ministros, é importantíssimo ressaltar, não são pequenas frases emocionais que proferem durante os debates orais – o que não deixaria de ser digno de nota. São na grande maioria dos casos parte integrante dos seus votos escritos e, muitas das vezes, alguns dos fundamentos principais que utilizam ao proferi-los. No caso das uniões homoafetivas, como dito, a análise

jurídica acerca da limitação gramatical existente na Constituição foi bastante tímida, tendo os ministros focado os seus votos majoritariamente em argumentos morais e principiológicos.

As recorrentes menções pelo Ministro Celso de Mello de que a proteção aos direitos fundamentais deve fazer parte da agenda do STF igualmente são exemplo dessa subjetividade dos membros da corte. É claro que o tribunal deve proteger os direitos fundamentais; isto é função essencial de um Estado democrático. Mas ver a atividade judicial como sendo guiada por uma agenda, na qual a corte suprema da nação deve adotar uma posição pré-determinada em relação a uma questão é um claro desrespeito aos princípios nos quais esse Estado democrático deve estar firmado, haja vista ir de encontro à posição de isenção que deve ser adotada pelo órgão julgador e desprestigiar as funções legislativas e administrativas, estas sim com a competência para regular a vida social com base em compromissos prévios. Compromissos, estes, apresentados à população e validados por esta na urna, daí surgindo a legitimidade democrática dos Poderes eleitos para definir questões políticas.

Mas a vinculação da corte aos valores morais dos seus integrantes não é algo que pode ser identificado apenas de forma subliminar nos julgados da corte; algumas vezes, os Ministros falam claramente que defendem uma vinculação entre Direito e Moral.

No julgamento das uniões homoafetivas, o Ministro Marco Aurélio foi bastante claro quanto ao seu entendimento, afirmando que “Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação”, o que tornaria ilegítimo não aceitar argumentos morais para fundamentar decisões judiciais⁴⁴⁹. Todavia, rejeitou a utilização de certas vertentes morais, utilizando como exemplo a moral religiosa – se fosse aplicada a moral cristã ao caso, o ministro se veria obrigado a decidir contra as uniões homoafetivas. Luiz Fux também entende existir uma conexão entre Direito e Moral, acreditando que o primeiro reside nesta (ADC nº 19, Lei Maria da Penha).

⁴⁴⁹ APDF nº 132, cit., p. 205.

Assim como o ideal de justiça, valores morais também são utilizados pelos ministros para testar a validade de suas decisões. O Ministro Ayres Britto, relator da ação sobre pesquisas de células tronco embrionárias, expôs que deve ser feita uma análise moral acerca do sofrimento humano, devendo o Estado tomar as medidas para diminuí-lo, mencionando no julgamento das uniões homoafetivas que deve ser feita uma leitura moral da Constituição.

Como é inerente da aplicação de argumentos morais no Direito, surgem contradições desses posicionamentos. Marco Aurélio reconhece que o Direito absolutamente submetido à Moral justificou perseguições e injustiças, mas não esclareceu de que forma o equilíbrio entre ambos deve ser feito. Ao julgar a Lei de Anistia (ADPF nº 153), o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto parcialmente vencido, ao entender que a anistia deveria ser julgada caso a caso, de acordo com critérios de preponderância e atrocidade dos meios empregados na conduta praticada. Em seu voto, mencionou que quem pratica tortura “é um monstro, é um desnaturado, é um tarado”, e que tal conduta não pode ser considerada crime político. Ayres Britto também manifestou sua reprovação a crimes dessa natureza, tendo votado para que a anistia não protegesse crimes hediondos.

Entretanto, os demais ministros proferiram seus votos no sentido de manter a anistia geral e irrestrita, independente do crime praticado. Houve a manifestação de alguns argumentos jurídicos, mas em especial os ministros focaram no “compromisso histórico” representado pela edição da lei, aprovada nos últimos anos da ditadura militar com a aprovação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

É interessante perceber que, em geral, os votos foram bastante focados nos fatos sociais e políticos à época da edição da lei, com poucas menções à recepção da lei pela Constituição atual. Inclusive, a utilização da aprovação da lei pela OAB à época como argumento é controversa, afinal, a entidade de classe foi a proponente da ADPF – ou seja, não concorda com a recepção da lei de 1979 pela Constituição atual. Além disso, os ministros utilizaram a OAB como se fosse uma representante de toda a sociedade brasileira, como se a manifestação do órgão representasse a vontade da maioria dos brasileiros à época dos fatos, o que possui pouca comprovação fática e é inapropriado como fundamento principal de uma decisão desta natureza.

O que se observa é que claramente os ministros queriam manter a lei, mas tinham dificuldade de fazê-lo nos limites do sistema constitucional atual (como o voto da Ministra Carmen Lúcia expressa com clareza, vez que a ministra chama a lei de injusta e não enquadrada ao sistema atual), então lançaram mão de argumentos políticos para justificar a decisão.

Também no julgamento do aborto de fetos anencéfalos observam-se as impropriedades advindas da utilização de argumentos morais em decisões jurídicas. Enquanto a maioria dos ministros utilizou esses argumentos para garantir o direito à interrupção da gravidez, o Ministro Cezar Peluso, em voto bastante emotivo, extremista e pouco racional, falou que a ação buscava exterminar os anencéfalos de forma semelhante à atuação dos supremacistas raciais, que a saúde psíquica e a liberdade mãe são apenas supostos direitos superiores que não justificam o assassinato de anencéfalos e que o que se busca na ação é a eugenia, defendendo que o feito merecia uma consideração ética do tribunal. O ministro, presidente da Corte à época, foi o último a votar, mas no início da sessão advertiu os colegas para tomarem cuidados com o que estariam decidindo naquela data.

Este voto e a menção do Ministro Gilmar Mendes de que uma manifestação pode ser proibida se o julgador não concordar com o tema defendido comprovam o que se advertiu no tópico I.7: a Moral pode ser utilizada tanto para privilegiar a liberdade, quanto para limitá-la, não representando maior proteção aos direitos fundamentais.

Novamente fica evidenciado o subjetivismo e a falta de compromisso com a objetividade e a segurança jurídica pelos ministros. Por diversas vezes não escondendo as suas concepções pessoais sobre os fatos em discussão e como elas afetam o seu julgamento, os ministros não exercem seu papel de forma adequada. Por isso, tanto se questiona a legitimidade democrática do STF no Brasil. Não porque o tribunal não deveria existir, mas porque a forma como toma decisões, aliada às atribuições que lhe foram dadas pelo legislador após o advento da Constituição, tornaram-no um órgão com poderes tão abrangentes que se pode até questionar se a liberdade democrática no Brasil não foi diminuída.

Outra flagrante impropriedade nas decisões da Corte é a recorrente utilização de trabalhos artísticos e valores cristãos como fundamentos das decisões.

No Caso Ellwanger (HC nº 82.424), o relator, Ministro Maurício Corrêa, utiliza a Bíblia para detalhar a história do povo judeu, como se o livro religioso possuísse cientificidade histórica para servir de apoio técnico para esta questão. O ministro, ao falar sobre o Projeto Genoma Humano e as conclusões aos quais este chegou sobre as diversas raças humanas, menciona que os fundamentos do Pentateuco ou Torá sobre a origem comum do homem foram confirmados pelos estudos genéticos. No mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello mencionou encíclica papal para reforçar seus argumentos, enquanto o Ministro Marco Aurélio utilizou sua concepção pessoal, dissociada de elementos fáticos, de que os brasileiros não possuem histórico de serem racistas contra judeus para afastar a imprescritibilidade do crime de racismo cometido contra esse grupo.

Na ADPF nº 186 (ações afirmativas), o Ministro Luiz Fux afirmou que deve ser feita uma “leitura voltada para a alma humana”, porque o STF é “uma Corte voltada para a humanidade”⁴⁵⁰, agradecendo a Deus por fazer parte da corte em um momento histórico e fazendo uma análise completamente sentimental acerca do tema em julgamento, citando obras literárias na fundamentação de seu voto e sequer abordando os aspectos jurídicos concernentes à questão. A Ministra Carmen Lúcia também fez análise completamente emotiva, com menções a poemas, no julgamento dos fetos anencéfalos.

O Ministro Ayres Britto chegou a mencionar poema psicografado pelo espírita Chico Xavier na argumentação de seu voto na ADPF nº 132 (uniões homoafetivas), novamente recorrendo a menções a músicas e poemas no julgamento sobre células tronco embrionárias, enquanto no julgamento do HC nº 106.212 mencionou o criacionismo – a ação tratava da Lei Maria da Penha. O mesmo ministro fez uma análise sentimental, filosófica e metafísica acerca da gestação para justificar o seu voto no caso das células tronco embrionárias.

Ou seja, não existe grande preocupação por parte significativa dos ministros do STF em pelo menos dar aparência de juridicidade a diversos de seus julgados. Seus votos sequer se limitam a fazer análises morais vinculadas a questões jurídicas, não sendo raros os casos em que manifestam expressamente o caráter subjetivo,

⁴⁵⁰ ADPF nº 186, cit., p. 94.

emotivo ou político de suas decisões e regulam matérias de forma abstrata, ainda que não possuam poderes para isto. É o exemplo da utilização das algemas.

Conforme mencionado no tópico III.1, o STF possui o poder de editar súmulas com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Um dos requisitos essenciais para que isto seja feito, previsto no art. 103-A da Constituição, é a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. No caso da aprovação da Súmula Vinculante nº 11, este critério foi ignorado.

Em um momento de polêmicas acerca do uso indevido de algemas pelas autoridades policiais, o STF julgou o HC nº 91.952. Durante o julgamento, estes casos de repercussão pública foram mencionados pelos ministros, inclusive um envolvendo ex-governador que foi conduzido pela Polícia algemado – o *habeas corpus*, relembre-se, tratava de réu algemado durante julgamento no tribunal do júri. Ao final do julgamento, os ministros propuseram que fosse editada uma súmula vinculante sobre a matéria, por acreditarem que cabia ao STF definir essa questão de forma definitiva.

Neste ponto, já se observa um problema. Não cabe a uma corte constitucional regulamentar matérias de forma abstrata, decidindo como a vida social deve ser operada de acordo com seus critérios de conveniência. É função do tribunal julgar os casos que lhe são apresentados de acordo com critérios jurídicos. Esta atividade pode ter como consequência a definição de como a coletividade deve agir, mas isto é algo secundário na atividade do tribunal, e não a sua função constitucional. Regulamentar questões de forma geral seguindo critérios pessoais, políticos e de conveniência cabe ao legislador.

Não obstante essa primeira impropriedade, como “reiteradas decisões” o tribunal utilizou apenas quatro julgados de sua história que tratavam da utilização de algemas em situações específicas: o HC nº 91.952 (de 2008), acima citado; o RHC nº 56.465 (de 1978) e o HC nº 71.195 (de 1995), que decidiram que o uso de algemas durante o julgamento não é constrangimento ilegal se necessário para a condução dos trabalhos; e o HC nº 89.429 (de 2006), que foi concedido para evitar a condução de preso algemado e sua exposição para a imprensa⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Neste *habeas corpus* antecipou-se muito da fundamentação utilizada no HC nº 91.952, inclusive a argumentação histórica acerca do uso das algemas e a analogia com a legislação militar.

Dos quatro julgados, apenas o HC nº 91.952 foi julgado pelo Pleno, tendo sido os demais decididos pelas turmas do Tribunal. Ainda, três tratavam de manutenção de réu algemado durante julgamento, havendo somente no HC nº 89.429 discussão acerca de situação diversa quanto ao uso das algemas. Dito de forma clara: o STF não possuía decisões reiteradas acerca da utilização de algemas. Por conseguinte, não possuía autorização constitucional para editar súmula vinculante que disciplinasse de maneira ampla o uso do instrumento.

O texto da súmula é bastante longo, e regula a utilização das algemas em qualquer situação, prevendo critérios, impondo procedimentos a serem seguidos pelos agentes policiais e advertindo quanto à responsabilização pessoal dos que não seguirem a norma elaborada pelo tribunal. Vale a citação: *só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*

Mais do que os julgamentos de ações diretas ou ações no controle concreto, a edição da Súmula Vinculante nº 11 é um caso evidente de usurpação, pelo STF, da competência legislativa e de desrespeito da Constituição pela corte suprema.

Ao tomar para si a responsabilidade pela regulamentação de uma matéria sem a competência constitucional para fazê-lo, por meio da manipulação de mecanismo constitucional que visava dar maior segurança jurídica para as relações sociais e para a atividade dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal confirmou algo que já se observava àquela época, e que continua sendo observado desde então: seus poderes não possuem limites, bastando apenas a vontade de seus integrantes para que qualquer decisão seja alcançada, sendo irrelevantes as limitações textuais ou principiológicas da Constituição, a natureza da atividade do tribunal ou os pilares democráticos sobre os quais a corte deveria estar sustentada.

III.4 Considerações finais acerca do perfil decisório e da influência do neoconstitucionalismo na atuação do STF

Pelo exposto acima, observa-se um claro modo de julgar neoconstitucionalista pelo STF, com a presença de todos os critérios de controle

delimitados ao início: (1) utilização de argumentos morais não positivados; (2) reconhecimento de poderes judiciais que não tenham sido outorgados pela Constituição ou pela legislação; (3) imposição das preferências políticas do tribunal em detrimento das escolhas legítimas feitas pelo órgão legislativo ou pelo administrador; (4) supremacia judicial absoluta para definição de questões afeitas aos direitos fundamentais; (5) não aplicação das normas constitucionais ou legais com base em critérios de justiça ou valores morais; (6) proeminência de princípios em detrimento às regras.

Além do que foi observado, é digno de nota que o Ministro Luiz Fux entende que o neoconstitucionalismo influenciou a Constituição de 1988 nos âmbitos teórico, ideológico e metodológico, o que é manifestamente equivocado, uma vez que (i) sequer se falava em neoconstitucionalismo à época e (ii) o neoconstitucionalismo, como concluído em tópico anterior, não se apresenta como teoria ou metodologia jurídica, mas apenas como ideologia que influencia principalmente o Judiciário.

O STF também já afirmou que se vive em uma época de pós-positivismo (ADPF nº 32, ADC nº 19 e ADI nº 3510), chegando a defender que é uma visão pós-positivista que garante a existência de deveres de proteção do Estado, o que é manifestamente inconsistente. O positivismo, como dito, busca garantir o respeito à norma escrita, compelindo o Estado a seguir os ditames normativos da forma como editados pelo constituinte e pelo legislador.

Apesar da atuação neoconstitucionalista, a referência a autores que seguem a corrente nos votos dos ministros não é recorrente. Em diversos casos houve citação a Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Paulo Bonavides e Daniel Sarmento, mas em geral não há uma vinculação acadêmica ampla ou exclusiva aos doutrinadores da ideologia. Na maioria dos casos, em verdade, os ministros costumaram citar autores positivistas, como José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho e José Afonso da Silva, bem como de outras correntes que, embora cooptados pelo neoconstitucionalismo, não se afiliam a ele, em especial Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Deste modo, ainda que a situação doutrinária brasileira atual, com sua alta influência pelo neoconstitucionalismo, deva influenciar subjetivamente os ministros a se sentirem confortáveis para atuar de forma tão abrangente e despreocupada com

os limites democráticos de sua função, é notório que, pelo menos expressamente, não recorram em grande medida a autores desta ideologia na fundamentação de seus votos.

Para fins de fidelidade acadêmica, também deve ser mencionado que os ministros não tomam decisões unicamente fundadas em critérios subjetivos. Há análise jurídica em seus votos: no caso da Marcha da Maconha, por exemplo, foi feita análise sobre os direitos fundamentais envolvidos, em especial o de reunião; no Caso Ellwanger, foi feita uma análise prolongada do conceito legal do crime de racismo, com referência a casos de outros ordenamentos e a disposições do Direito Internacional; ao regulamentar a utilização das algemas, o tribunal analisou os princípios da não culpabilidade (o caso específico envolvia a manutenção do acusado algemado durante a sessão do júri); em diversos casos, são analisados os limites da atividade judicial, bem como a liberdade de conformação do legislador em um sistema democrático.

Igualmente, há ministros que se orientam para uma maior vinculação à análise jurídica da questão, como é o caso da Ministra Rosa Weber nos julgados analisados. No julgamento da união homoafetiva, o Ministro Ricardo Lewandowski rejeitou a possibilidade de a corte inserir o modelo homossexual como união estável em função da limitação gramatical constante na Constituição e da separação de poderes, tendo proposto, como alternativa, que o tribunal utilizasse interpretação analógica para dar à situação fática o mesmo tratamento que a legislação garante às uniões heterossexuais, como forma de preencher lacuna legislativa e garantir os direitos dos participantes desse modelo de união. Ainda que na prática a consequência seja a mesma (as uniões homoafetivas seriam reconhecidas e protegidas pelo Estado), a construção jurídica elaborada pelo ministro – seguida pelo Ministro Gilmar Mendes – é tecnicamente mais adequada que a solução dada pelos demais ministros, que basicamente negaram vigência à Constituição.

Contudo, a maioria dos membros da corte orienta suas decisões para fundamentações principiológicas abstratas, que expressa ou implicitamente veiculam valores morais e preconceções subjetivas acerca do tema em debate, com pouca ou nenhuma consideração com as normas jurídicas existentes e com as limitações institucionais de suas funções, preocupando-se mais em proferir decisões casuísticas do que em firmar jurisprudência estável e uniforme, em clara oposição

ao princípio da segurança jurídica e à função do tribunal de uniformizador do Direito. As decisões do STF acerca da constitucionalidade da prisão após condenação pelo 2º Grau são um excelente demonstrativo disto.

Até 2009, a corte superior entendia há mais de duas décadas que era constitucional a prisão de acusados em processo criminal sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, bastando a condenação pelo 2º Grau de jurisdição. A jurisprudência havia sido confirmada em algumas ocasiões após a promulgação da Constituição de 1988. Naquele ano, porém, o tribunal decidiu rever sua posição.

No julgamento do HC nº 84.078, o relator da ação, Ministro Eros Grau, apresentou voto defendendo a modificação do posicionamento jurisprudencial pacificado da corte, defendendo que o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição⁴⁵², impedia o cumprimento da pena até que houvesse o trânsito em julgado do decreto condenatório. O ministro ainda mencionou suposta divergência legal existente quanto à matéria e jurisprudência das duas turmas do tribunal no sentido de que não poderia haver o cumprimento de penas restritivas de direito (serviços à comunidade, limitação de fim de semana, etc.) sem o trânsito em julgado. Também foi mencionado pelo relator que o princípio da ampla defesa representava outro impedimento para o cumprimento da pena, e que o legislador havia sido casuísta na elaboração das leis, tendo atuado motivado por um desejo de excesso de punição.

Seis dos demais ministros concordaram com o posicionamento do relator, tendo ocorrido, a partir deste julgamento, uma modificação na jurisprudência de longa data do tribunal, o que gerou um efeito dominó em todo o Judiciário brasileiro. Não se olvide que esta foi uma decisão proferida em um *habeas corpus*, sem efeito vinculante ou *erga omnes*, que ainda assim modificou a atuação de toda a Justiça brasileira.

Os argumentos utilizados pelos ministros, como pode se antever, foram eminentemente de natureza política e firmados em um alargamento demasiado da presunção de inocência. Inclusive, o Ministro Joaquim Barbosa, que votou contra a modificação da jurisprudência, observou durante o julgamento que o tribunal estava tomando uma decisão política. Ainda assim, os ministros que votaram com o relator

⁴⁵² Art. 5º, LVII, CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

focaram seus votos nessa extensão do conteúdo da presunção de inocência, segundo o qual seria impossível que o acusado pudesse cumprir a pena enquanto os recursos dirigidos aos tribunais superiores não tivessem sido julgados de forma definitiva.

Note-se que esses recursos – recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça – STJ e recurso extraordinário ao STF –, de acordo com a legislação, normalmente não possuem efeito suspensivo e não interrompem a contagem do prazo prescricional. Além disso, a jurisprudência dos tribunais superiores firmou-se no sentido de que os recursos sequer podem analisar questões de provas e fatos, limitando-se a questões de direito. Ou seja, o juízo de culpa é feito pelas instâncias ordinárias, e não pelos tribunais superiores, o que foi observado pelos ministros durante este julgamento.

Não obstante, focados na presunção de inocência e em argumentos tão abstratos quanto a ofensa à dignidade da pessoa humana e abalos psíquicos, desprestígio familiar e social e uma desqualificação profissional aos quais seria submetido o acusado caso tivesse que cumprir a pena ao qual foi condenado, os ministros tomaram uma decisão claramente política e dissociada das normas legais – vez que eles próprios reconhecem que a legislação permite a prisão após a condenação pelo 2º Grau de jurisdição.

A proibição de prisão do acusado até o trânsito em julgado da condenação ficou sendo a posição do Supremo Tribunal Federal pelos próximos sete anos. Em 2016, no julgamento do HC nº 126.292, o tribunal, que já possuía composição parcialmente distinta, reverteu sua posição, voltando a entender que a prisão poderia ocorrer após a condenação pelo 2º Grau. Mesmo que tenham utilizado argumentos jurídicos que foram acima mencionados, como o efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários, e tenham adotado um posicionamento mais moderado quanto à presunção de inocência, destaca-se na decisão, mais uma vez, a motivação política de diversos julgadores ao decidirem, novamente, pela modificação da jurisprudência.

Citando questões como diminuição da diferença no acesso à justiça entre ricos e pobres (os advogados daqueles contariam com maior aporte financeiro para a sua defesa e para a interposição de recursos), o grande número de recursos previstos na legislação brasileira e o suposto abuso destes pelos acusados e da

imagem da Justiça perante a sociedade, os ministros novamente deixaram claro que estavam veiculando os seus posicionamentos pessoais naquela decisão.

É de se destacar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que deixou evidente em sua fundamentação sua vinculação ao neoconstitucionalismo. O ministro defendeu a incorporação de valores à interpretação jurídica e a influência da realidade fática na atividade do intérprete, chegando a afirmar que a busca pela vontade do constituinte dependia da possibilidade de sua realização na prática. Isto, claro, não é muito congruente. Ao se buscar a vontade do constituinte, busca-se o que está idealizado na Constituição; vincular o conteúdo desta à percepção do intérprete quanto à possibilidade da realização de suas normas é, em verdade, manipular as normas constitucionais de acordo com a vontade deste intérprete.

O Ministro Barroso também mencionou a ocorrência de mutação constitucional quanto ao princípio da presunção de inocência para garantir “interpretação mais condizente com as exigências da ordem Constitucional” (p. 35), o que não faz sentido lógico. Se, como o próprio ministro observou, o STF entendia até 2009 (21 anos após a promulgação da Constituição) que era constitucional a prisão após o 2º Grau, como haveria de falar em mutação constitucional nesse momento de retorno à jurisprudência anterior?

Afirmando que está fazendo “justiça para todos”, restabelecendo o prestígio do Judiciário e mencionando casos que ganharam grande repercussão na mídia para inflamar seus argumentos, o Ministro Barroso evidencia a sua vinculação ao neoconstitucionalismo, inclusive admitindo que está fazendo uma atividade política e criativa. Ademais, menciona a técnica de ponderação e cria a impressão de que a utilizou, quando, na verdade, apenas listou argumentos favoráveis a uma ou outra posição e se filiou a um dos lados.

Argumento bastante utilizado pelos ministros que votaram pela possibilidade da prisão foi um suposto abuso, por parte dos acusados, na interposição de recursos que protelam a execução da medida. Os ministros afirmaram que o ordenamento jurídico prevê um número muito elevado de recursos, e que, fazendo uso disto, alguns acusados conseguem adiar indefinidamente a execução da pena, até mesmo levando a causa à prescrição.

É complicado utilizar este argumento para justificar a decisão. Novamente volta-se à questão da legalidade em oposição à justiça/moralidade. Se o sistema

legal permite esse grande número de recursos, a utilização dos meios processuais cabíveis pelo acusado não é abusiva, mas apenas exercício regular do seu direito. Não existe nada no sistema legal democrático que obrigue um acusado a aceitar a condenação e renunciar à interposição dos recursos admissíveis em lei. Por conseguinte, limitar liberdades constitucionais com base na utilização pelo indivíduo dos mecanismos previstos em lei para sua defesa é manifestamente inadequado, sendo um argumento claramente político que possui o intento de inflamar a situação em julgamento, revelando ainda mais o caráter casuístico da decisão. Isso também demonstra que a vinculação a ideais de justiça e valores morais pode resultar em limitações à liberdade.

Impende mencionar que no dia 04/04/2018 a questão voltou a ser discutida pelo STF, ao analisar *habeas corpus* impetrado pelo ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva contra condenação criminal confirmada pelo 2º Grau de jurisdição (HC nº 152.752). Novamente por maioria apertada (6x5), o tribunal manteve a última orientação. Infelizmente, a íntegra dos votos ainda não havia sido disponibilizada até a conclusão deste trabalho, pelo que fica impedida a análise da decisão neste momento. Mas é digno de nota que o Ministro Gilmar Mendes, que também participou dos julgamentos anteriores, mudou mais uma vez de posição. Em 2009, entendeu pela inconstitucionalidade da prisão em 2º Grau, afirmando que ela ofenderia a dignidade do acusado; em 2016, votou pela constitucionalidade da medida; agora, em 2018, voltou a entender pela inconstitucionalidade da medida, dessa vez sendo voto vencido.

Essa breve comparação entre os dois julgamentos do tribunal mostra o casuísmo com que a corte decide, sendo mais influenciada pela sua composição e pelos acontecimentos sociais do momento do que por suas obrigações institucionais, especialmente a uniformização da jurisprudência e a estabilidade das decisões, ambas oriundas do princípio da segurança jurídica. Isto foi observado pela Ministra Rosa Weber, que, em voto sucinto, porém bastante técnico, advertiu aos colegas que a corte deve se vincular à segurança jurídica e não modificar suas posições apenas porque foi alterada a composição da corte. Esse alerta já havia sido feito pela Ministra Ellen Gracie na votação de 2009. Em ambos os casos, as ministras foram voto vencido.

Ademais, a comparação entre as decisões comprova as fragilidades advindas da utilização de princípios abstratos, valores morais ou ideal de justiça em decisões judiciais. Em ambos os casos, os ministros que mais se apoiaram nesses critérios adotaram posições diametralmente opostas, enquanto que os ministros que fizeram análises mais técnicas, concentradas nas disposições constitucionais e legais concernentes ao tema, adotaram o mesmo posicionamento: a constitucionalidade das prisões após o 2º Grau.

Além de isto demonstrar os danos causados para a segurança jurídica por decisões principiológicas e valorativas, confirma o que fora alertado anteriormente: a utilização destes critérios não garante que o julgador atuará de forma a dar maior garantia aos direitos fundamentais. Assim como alguns ministros utilizaram os princípios e valores constitucionais e de justiça para dar maior ênfase à liberdade, outros utilizaram-nos como justificativa para privar a mesma liberdade.

Conclui-se, então, que o Supremo Tribunal Federal é uma corte altamente influenciada pelos valores neoconstitucionais. Ainda que não fundamente as suas decisões na doutrina afiliada à corrente de forma recorrente, e mesmo evitando expor isso expressamente, a forma com que decide, o espaço que se reconhece para regular qualquer situação de vida, a pouca consideração que dá para a atividade legislativa, o enfoque em argumentos principiológicos, a utilização de valores morais em suas decisões e, talvez a mais grave de todas as questões, a falta de respeito que dá ao texto da Constituição demonstram que o neoconstitucionalismo influencia intensamente a jurisprudência do STF concernente aos direitos de liberdade.

Essa influência, como não poderia ser diferente, gera um desequilíbrio entre os Poderes de Estado e um notório prejuízo para a democracia, vez que as decisões finais acerca de qualquer tema não são mais tomadas pelos representantes eleitos do povo, mas sim por um grupo de onze juízes que usurpa a competência de regular a vida social e política, definindo quaisquer questões de acordo com suas preferências pessoais. O Estado brasileiro, então, se aproxima de um modelo autocrático e se afasta do regime democrático idealizado pela Constituição.

CONCLUSÃO

1. O neoconstitucionalismo é um movimento doutrinário surgido no final dos anos 1990 com o intento de promover nova visão sobre o Direito Constitucional e o Estado Democrático de Direito, tendo encontrado grande inserção no ordenamento brasileiro, no qual se tornou a principal corrente jurídica, influenciando não só a produção doutrinária, mas especialmente a atividade jurisprudencial.
2. Apesar de sua grande influência no Direito brasileiro, o neoconstitucionalismo não possui características básicas para que possa ser considerado teoria de Direito ou teoria de Estado. Temas como separação de poderes, vinculação entre Direito e Moral e técnicas de interpretação constitucional são objeto de grande divergência entre a doutrina que se identifica como neoconstitucionalista. Os posicionamentos desses autores em grande parte não são inovadores às teorias jurídicas existentes; e nos pontos em que apresentam alguma inovação, não são uniformes, são dotados de graves contradições internas e não respeitam ditames básicos de um Estado Democrático de Direito contemporâneo.
3. Não obstante, ainda que haja divergência entre os seus autores sobre esses temas, observa-se que o neoconstitucionalismo se apresenta como uma perigosa ideologia jurídica, que privilegia o juriscentrismo, o casuísmo decisorio e a superioridade de valores morais sobre o Direito. Como consequência, a ideologia neoconstitucional inevitavelmente fragiliza pilares democráticos como a segurança jurídica, o equilíbrio entre os poderes, a participação popular na tomada de decisões e a força normativa da Constituição, efetivamente derogando os avanços jurídico-democráticos ocorridos nas últimas décadas em prol de um Estado definido pela juristocracia.
4. Extraem-se seis características identificadoras da ideologia neoconstitucionalista: (1) utilização de argumentos morais não positivados nas decisões judiciais; (2) reconhecimento, pelo próprio órgão julgador, de poderes judiciais que não lhe tenham sido outorgados pela Constituição ou pela legislação; (3) imposição das preferências políticas

- do julgador em detrimento das escolhas legítimas feitas pelo órgão legislativo ou pelo administrador; (4) supremacia judicial absoluta para definição de questões afeitas aos direitos fundamentais; (5) não aplicação das normas constitucionais ou legais com base em critérios de justiça ou valores morais; e (6) proeminência de princípios em detrimento às regras.
5. Exercida de forma regular, a atividade judicial deve ser guiada por dois parâmetros principais: a separação de poderes e a primazia da Constituição, vinculada à *rule of law*. A separação de poderes garante ao Judiciário a independência para realizar o controle de constitucionalidade dos atos produzidos pelos órgãos políticos. Ao mesmo tempo, impõe limitações à atividade do Poder, que deve se concentrar, principalmente, em assegurar os direitos e interesses dos cidadãos, resolver conflitos de interesse e garantir o respeito às regras democráticas. A definição de prioridades orçamentárias, implementação de políticas públicas e econômicas e a regulamentação dos atos da vida são, em geral, questões que devem ser decididas pela esfera política do Estado, cabendo ao Judiciário apenas realizar o controle de excessos aos limites traçados na Constituição.
 6. No controle de excessos, impera o segundo parâmetro: a primazia da Constituição vinculada à *rule of law*. Esta, que representa um conceito mais abrangente que a simples legalidade, é o conjunto de princípios e instituições que são tidas como essenciais para a proteção dos indivíduos frente ao Estado e para a manutenção da democracia. Em sua atividade, o órgão judicial deve garantir, a todo momento, o respeito às normas constitucionais e aos princípios democráticos que, mesmo implícitos, devem ser seguidos pelo Estado. As decisões da corte constitucional, portanto, devem revelar as normas constitucionais aplicáveis ao caso, de forma a prover estabilidade e segurança para as relações, públicas ou particulares, firmadas no Estado. As normas que devem ser aplicadas pelo Judiciário, é bom reforçar, são aquelas advindas do texto constitucional em conjunto com os princípios inerente à *rule of law*, não podendo o julgador fazer juízo de conveniência ou impor normas que satisfaçam os seus

interesses pessoais. O juiz tem a função de proteger a Constituição; decisões discricionárias são permitidas apenas aos Poderes políticos.

7. Na atividade de controle dos atos dos Poderes eleitos, o Judiciário possui legitimidade institucional para invalidar as normas que se oponham à Constituição. Nesse momento, ocorre uma inevitável colisão entre a *rule of law* e a autodeterminação democrática. Cabe ao julgador resolver esse conflito, pois é essencial para o Estado Democrático de Direito (como o nome sugere) que ambos os elementos coexistam em perfeito equilíbrio. A solução para o conflito advém da própria norma a seguir aplicada: sendo uma regra, o controle judicial pode ser mais intenso; sendo um princípio, o controle deve ser mais brando. Em caso de área cinzenta, na qual a solução para a questão não seja evidente, a autodeterminação democrática obriga que o juiz seja deferente à vontade política. Por outro lado, se o ato for claramente inconstitucional, o juiz não pode se omitir de declarar a sua nulidade.
8. Em relação aos direitos de liberdade, especificamente, os critérios são semelhantes, havendo um acréscimo: as normas que preveem direitos fundamentais de liberdade possuem eficácia imediata, ou seja, não dependem da atuação legislativa para que produzam seus efeitos. Por conseguinte, a atividade do julgador quanto a esses direitos se voltará principalmente para a revelação de seu conteúdo, que deverá ser desvendado a partir de normas abstratas. De todo modo, a proteção jurisdicional desses direitos é elementar para a existência de uma democracia, o que obriga o Judiciário a chegar a uma decisão – que pode ser, é claro, deferente ao legislador.
9. No processo de tomada de decisões, que envolve uma complexa interpretação constitucional, é possível que o Judiciário cometa dois vícios: o ativismo ou o passivismo. O primeiro, bastante estudado e mencionado de forma recorrente, pode se apresentar em oito tipos: contramajoritário, não originalista, contra precedentes, jurisdicional, criativo, curativo, maximalista e orientado para resultados. Apesar da trivialização do termo, a ocorrência do ativismo é relevante e deve ser estudada, uma vez que ele representa o exercício expansivo, fora dos

limites ordinários, da atividade judicial, possuindo um claro impacto democrático.

10. O ativismo judicial, ao contrário do caráter pejorativo associado ao termo, não é necessariamente negativo. Em algumas situações, a proteção da Constituição demanda que o Judiciário ultrapasse os limites tradicionalmente impostos à sua atividade ou se oponha às maiorias políticas. Assim, o ativismo é dividido em duas espécies. Aquele que representa o exercício natural de controle judicial dos atos políticos por meio da invalidação de atos inconstitucionais, ou que inova na doutrina jurídica para assegurar o respeito aos direitos fundamentais e para garantir a proteção de situações sociais novas, é o chamado “ativismo legitimado”, vez que foi exercido de acordo com as necessidades do sistema constitucional. Por outro lado, o ativismo que tem como característica a exacerbação dos poderes judiciais sem fundamento institucional, sobrepondo o Judiciário aos demais Poderes, é a espécie chamada de “usurpação judicial”, por se referir à apropriação das atribuições dos Poderes Executivo ou Legislativo pelo órgão judicial.
11. O passivismo judicial é a conduta oposta ao ativismo, representada pela redução consciente do Judiciário diante dos demais Poderes. Não podendo ser confundido com a autocontenção, que é uma conduta esperada em toda atuação judicial, o passivismo é uma conduta ativa do órgão judicial de se inferiorizar perante os demais órgãos estatais, desprestigiando a importante função que exerce em prol de uma inflação das atividades legislativas e administrativas. No processo, a relevância do Judiciário é reduzida, o que gera uma diminuição na proteção do indivíduo, em especial na esfera de seus direitos fundamentais, que passariam a estar mais sujeitos a limitações por parte do ente estatal.
12. Os dois extremos – a usurpação e o passivismo judicial – prejudicam o sistema de proteção dos direitos fundamentais e a democracia. O ativismo desprivilegia a atividade política e a participação popular na tomada de decisões, limitando a liberdade do povo em definir as questões relevantes da sua vida. O passivismo, ao diminuir a função judicial e causar um desprestígio à atuação do Judiciário, diminui o âmbito de proteção dos

direitos fundamentais, deixando os indivíduos mais vulneráveis. Esses elementos – separação de poderes, *rule of law* e autodeterminação – são essenciais para a existência da democracia, demonstrando que a usurpação e o passivismo são condutas antidemocráticas.

13. Problema advindo da prática reiterada de usurpação judicial é a possibilidade da criação de conflitos institucionais entre os Poderes de Estado. Ao ter sua atividade severamente limitada por um Poder não eleito e sem capacidade representativa, os Poderes políticos podem ser motivados a aprovar alterações legislativas e constitucionais para limitar a atividade judicial. Essa ação limitadora pode até ocorrer com apoio popular, dependendo da forma como se apresente a insatisfação com as decisões judiciais. As mudanças advindas de um processo deste são imprevisíveis, podendo não serem encerradas apenas no reequilíbrio dos Poderes e gerar um encolhimento da atividade judiciária.
14. Diante das claras consequências negativas da usurpação judicial, da vinculação do Direito com a Moral, do desprestígio da atividade política em prol da proteção de posições subjetivas do órgão julgador, da limitação da força normativa da Constituição com base em um ideal de justiça, da ausência de preocupação com a segurança jurídica e da concentração de poderes em um órgão não representativo, é bastante preocupante que todas essas condutas representem a atuação do Supremo Tribunal Federal.
15. O órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro acumula funções de corte constitucional e de tribunal de revisão, e conta com poderes extremamente amplos para o exercício de suas atribuições. As decisões do tribunal, ainda que tomadas em causas submetidas ao controle difuso de constitucionalidade, podem ter efeito *erga omnes* e vincular todos os órgãos judiciais do país e até mesmo a Administração Pública. Essas amplas atribuições foram concedidas ao tribunal pelo legislador, tanto na sua função ordinária, quanto na função de constituinte de reforma, por meio da edição de diversas normas legais e da aprovação de emendas à Constituição que garantiram ao tribunal poderes que não estavam originariamente previstos na Carta Magna e que a corte havia recusado.

São exemplos desses poderes outorgados após a promulgação da Constituição o caráter vinculante de certos precedentes e a possibilidade de o STF editar normas regulamentadoras em caso de omissão do legislador.

16. A massiva outorga de atribuições pelo legislador ao STF gerou um desequilíbrio na relação entre os Poderes de Estado, causando uma sobreposição do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo. Da forma como atualmente está configurado o Estado brasileiro, não existe matéria que esteja imune de revisão pela corte superior, tendo ela poder absoluto para definir os rumos da nação. O espaço de atuação do legislador e do administrador, portanto, está completamente submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que tem poderes legais para anular qualquer decisão dos órgãos políticos, inclusive emendas constitucionais, podendo até mesmo determinar que procedam de determinada forma ou regulamentar a matéria diretamente.
17. O severo desequilíbrio causado na relação entre os Poderes de Estado causado pelo legislador prejudicou não apenas a atividade legislativa, mas principalmente a população. Os cidadãos, detentores do poder em uma democracia, perderam espaço de atuação e de definição dos seus projetos de vida para um grupo seleto de juízes que possuem pouca ou nenhuma habilidade de decidir questões de tamanha complexidade, mas que ainda assim o fazem. Afasta-se do ideal democrático da separação dos poderes e aproxima-se de um Estado no qual o poder é concentrado em uma classe específica de pessoas.
18. Agravando a concentração de poderes no Judiciário, tem-se a atuação e os posicionamentos adotados pelo próprio STF. Sendo reconhecidamente ativista, o tribunal não se preocupa em limitar a sua atividade, aceitando as alargadas competências que lhe foram outorgadas de forma plena, utilizando-se delas para impor ao país a agenda política dos ministros que integram a corte.
19. Os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal são influenciados pelo neoconstitucionalismo em sua atividade. Isto é confirmado pela adoção reiterada de argumentos de natureza política e moral em seus

votos, o que em evidencia o proferimento de decisões de cunho pessoal. Em repetidas situações, isto é mencionado expressamente pelos julgadores, que às vezes nem se preocupam em elaborar argumentos jurídicos para sustentar as suas decisões.

20. Os ministros do STF, em sua maioria, também não se preocupam com a segurança jurídica ou com a força normativa e a superioridade da Constituição, aceitando modificar a jurisprudência da corte com base em critérios discricionários e moldando as normas constitucionais aos seus preceitos subjetivos, em total desprezo à sua incumbência institucional.
21. A vinculação do Direito à Moral é dotada de imensas fragilidades. Não podendo ser constatada a existência de valores morais compartilhados por toda a sociedade, a imposição da Moral sobre o Direito promove a subjetividade decisória, permitindo que o julgador resolva os problemas que lhe são apresentados de acordo com seus entendimentos pessoais e abandonando a legislação, em claro prejuízo à segurança jurídica. A utilização de valores morais - que incluem o ideal de justiça - pode proteger e até mesmo motivar a prática de abusos contra os direitos fundamentais, inclusive pelo órgão julgador, vez que a Moral não está necessariamente vinculada a um maior respeito ao indivíduo, sendo, em verdade, utilizada por regimes autoritários para promover as suas políticas.
22. A subjetividade e o casuísmo decisório são aliados a um entendimento de que o STF é o guardião da Constituição, sendo dele a última palavra acerca do conteúdo do documento superior. Há uma depreciação da atividade dos Poderes políticos, principalmente do Legislativo. Ainda que exponham posições contrárias, na prática os ministros do STF entendem que os demais Poderes lhe são subordinados, possuindo apenas o espaço decisório que o tribunal constitucional lhes conceder. O STF já decidiu que, formal e materialmente, é dele o encargo de definir o que a Constituição regula, inclusive quanto aos objetivos do Estado, à forma de organização do poder e ao conteúdo dos direitos fundamentais. O tribunal já entendeu que mesmo emendas constitucionais aprovadas para, indiretamente, reformarem julgamentos do STF, podem ser anuladas pela corte. Não há

espaço, portanto, para controle da atuação judicial. O ideal neoconstitucional de supremacia judicial foi alcançado.

23. Além de confirmar sua vinculação ao neoconstitucionalismo, o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal demonstra que, ao contrário do que manifesta em suas posições, o órgão máximo da justiça brasileira, em verdade, está fragilizando a democracia nacional. Ao renunciar a segurança jurídica em prol de um casuísmo decisório, o Supremo Tribunal Federal está relativizando todo o Direito, inclusive a Constituição, deixando todas as normas legais submissas ao juízo de discricionariedade do detentor do poder.
24. Do modo como o Direito vem hoje sendo tratado no Brasil, os textos legais e constitucionais possuem valor bastante reduzido, representando pouca ou nenhuma limitação para a suposta interpretação que se faz deles. O que se observa é uma liberdade do julgador de impor os seus preceitos pessoais, seus valores morais e suas posições políticas à coletividade, guardando tímida consideração ao disposto no texto constitucional e às funções dos demais Poderes.
25. A atuação do Supremo Tribunal Federal é oposta ao que se espera de um órgão judicial de qualquer nível, ainda mais do situado no topo da pirâmide judiciária, e pode ter consequências negativas para a manutenção da democracia. Da forma como hoje se encontram constituídas as instituições políticas nacionais, já pode ser falado que, em razão da influência das ideias neoconstitucionalistas na jurisdição e também na legislação, o Brasil se afastou do modelo democrático de Estado, estando próximo de um modelo autocrático; ou, melhor dizendo, *juristocrático*.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, in DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”, in DAVID CIENFUEGOS SALGADO; RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coord.). *Estado, Derecho y Democracia en el momento actual: contexto y crisis de las instituciones contemporâneas*. Fondo Editorial Jurídico: Monterrey, 2008. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>>. Acesso em 18 jul. 2017.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. “Las transformaciones del estado contemporâneo: legitimidad del modelo de estado neoconstitucional”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 15. Madrid,: Universidad Carlos III, 2012. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n15/15-02.pdf>>. Acesso em 18 jul. 2017.

ALEXANDRINO, José De Melo. “Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?”, in *II Encontro de Professores de Direito Público na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, 16-17 de janeiro de 2009.

ALEXANDRINO, José De Melo. “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n. 11. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

ALEXANDRINO, José De Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Cascais: Princípia, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latino-americano”, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 25. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., 2010. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977003>>. Acesso em 09 dez. 2017.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Neoconstitucionalismo Transformador: el Estado de Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’ - entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘direito da ciência’”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/836>>. Acesso em 09 dez. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 15. Salvador: jan./fev./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEATTY, David M.. *A essência do Estado de direito*, tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONVENTRE, Vincent Martin. “Judicial Activism, Judges' Speech, and Merit Selection: Conventional Wisdom and Nonsense”, in *Albany Law Review*, vol. 68, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1142071>>. Acesso em 17 mar. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal”, in FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação”, in *Revista de Direito Tributário (São Paulo)*, v. 92, p. 1, 2005.

Disponível em <<http://principo.org/estado-constitucional-neoconstitucionalismo-e-tributaco1.html>>. Acesso em 09 dez. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CORDEIRO, Antônio Menezes. “Das Obrigações Naturais: Direito ou Moral?”, in ALVES, João Lopes (Org.). *Liber amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (eds.). *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. San Diego: Springer, 2015.

COX, Archibald. “The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?”, in *Maryland Law Review*, n. 118. Baltimore: University of Maryland Francis King Carey School of Law, 1987. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol47/iss1/20/>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. “Constitutionalism and democracy”, in RICHARD BELLAMY (ed.). *Constitutionalism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

FELLET, André Luiz Fernandes et. al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, tradução de André Karam Trindade, in: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em 13 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 250. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em 20 nov. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O paradoxo da justiça constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 51, n. 1-2. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estudo da questão no início no século XXI, em face do direito*

comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRIEDMAN, Barry. "Reconstruction's Political Court: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two", in *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=312023>>. Acesso em 14 jun. 2017.

FRIEDMAN, Barry. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics", in *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=213789>>. Acesso em 14 jun. 2017.

FRIEDMAN, Barry. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner", in *NYU Law School, Public Law Research Paper*, n. 24, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=242233>>. Acesso em 14 jun. 2017.

FRIEDMAN, Barry. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy", in *New York University Law Review*, vol. 73, 1998. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/issues/volume-73-number-2/history-countermajoritarian-difficulty-part-one-road-judicial-supremacy>>. Acesso em 14 jun. 2017.

GARCÍA, Claudia Escobar. "Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional" in SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (org). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: V&M Gráficas, 2008.

GARCIA, Emerson. "Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

GREEN, Craig. "An Intellectual History of Judicial Activism", in *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5. Atlanta: Emory University School of Law, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728>. Acesso em 09 dez. 2017.

GUASTINI, Riccardo. "A propósito del neoconstitucionalismo", tradução: Renzo Cavani, in *Gaceta Constitucional*, nº 67. Lima: Gaceta Jurídica, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/10261577/A_prop%C3%B3sito_del_neoconstitucionalismo_Riccardo_Guastini>. Acesso em 14 nov. 2017.

HAMILTON, Alexander. "The Federalist nº 78 – The Judiciary Department", in *Independent Journal*. Nova Iorque: 1978. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>>. Acesso em 20 fev. 2018.

HART, H.L.A.. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of the New Constitutionalism", in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11. Bloomington: Indiana University Maurer

School of Law, 2004. Disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4/>>. Acesso em 20 mar. 2017.

HORBACH, Carlos Bastide. “A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”, in ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, tradução: Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of judicial activism”, in *California Law Review*, v. 92, n. 5. Berkeley: University of California, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em 21 set. 2013.

MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”, in *University of Colorado Law Review*, v. 73. Boulder: University of Colorado, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>>. Acesso em 16 set. 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MONTEIRO, Arthur Maximus. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. “Segurança jurídica e justiça constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n. 2. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional – teoria da constituição em tempo de crise do Estado social*. Tomo II, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORENO, Diego; ALCALÁ, Rodríguez. *Control judicial de la ley e derechos fundamentales: una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLDFATHER, Chad M. “Defining Judicial Inactivism: Models of Adjudication and the Duty to Decide”, in *Georgetown Law Journal*, v. 94. Washington: Georgetown Law,

2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877002>. Acesso em 09 dez. 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. *Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da constituição* [dissertação]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2014. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/654>>. Acesso em 09 dez 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. "O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais", in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 4, jul./dez. Vitória: RDGF, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em 23 nov. 2013.

POSNER, Richard A. "The Meaning of Judicial Self-Restraint", in *Indiana Law Journal*, vol. 59. Bloomington: Indiana University Maurer School of Law, 1983. Disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1/>>. Acesso em 16 mar. 2017.

POST, Robert C. "Theories of Constitutional Interpretation", in *Faculty Scholarship Series*, n. 209. New Haven: Yale Law School, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/209/>. Acesso em 14 mar. 2017.

POST, Robert C. "Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity", in *Faculty Scholarship Series*, n. 189. New Haven: Yale Law School, 2000. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/189/>. Acesso em 14 mar. 2017.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. "Democratic Constitutionalism", in BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *The Constitution in 2020*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. Disponível em: http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", in *Faculty Scholarship Series*, n 178. New Haven: Yale Law School, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178>. Acesso em: 01 nov. 2013.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", in *Faculty Scholarship Series*, n. 182. New Haven: Yale Law School, 2003. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/182>. Acesso em 14 mar. 2017.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", in *Faculty Scholarship Series*, n. 169. New Haven: Yale Law School, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 21 set. 2013.

POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional", in *Doxa*, v. 21-II, 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em 30 dez. 2017.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro* [tese]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/pt-br.php>>. Acesso em 13 fev. 2015.

RAMALHO DE CASTRO, Raineri Ramos. *A influência do neoconstitucionalismo para o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos sociais* [relatório]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. "Ativismo Judicial e Estado de Direito", in *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 4, n.1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em 23 nov. 2013.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. "Judicial activism against austerity in Portugal", in *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 3, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2701384>>. Acesso em 13 set. 2017.

ROBERTS, Caprice L. "In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative", in *Tennessee Law Review*, v. 74. Knoxville: Tennessee Law Review Association, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1003542>>. Acesso em 09 dez. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios", in *O Direito*, ano 143, II. Lisboa: Almedina, 2011.

ROSENFELD, Michel. "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=577003>>. Acesso em 29 jun. 2017.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. "Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?", in *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 33, n. 2. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, jul-dez 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/986>>. Acesso em 28 dez. 2017.

SAMPAIO, Jorge Silva. "Neoconstitucionalismo?", in *Revista Direito & Política*, n.º 4, Julho/Ago/Setembro. Loures: Diário de Bordo, 2013.

SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. "Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo", in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out/nov/dez 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Vasco Pereira Da; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

STRECK, Lênio Luiz (org.). *A discricionariedade dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. "Contra o neoconstitucionalismo", in *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, jan-jun. Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em 13 set. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. "O constitucionalismo no brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo", in *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1. Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 2013. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SUSTEIN, Cass R.. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada", in *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. Disponível em <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmai.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf>. Acesso em 20 mar. 2017.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. "El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal", in *Revista general de derecho público comparado*, n. 9. Madrid, 2011. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3690557>>. Acesso em 20 mar. 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

YOUNG, Ernest A. "Judicial activism and conservative politics", in *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4. Boulder: University of Colorado, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1878/>. Acesso em 21 set. 2013.

ZANETI JR., Hermes. "A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia", in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. *HC 89429*, Relator: Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22/08/2006, publicação: DJ de 02/02/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. *HC 71195*, Relator: Min. Francisco Rezek, julgamento em 25/10/1994, publicação: DJ de 04/08/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. *RHC 56465*, Relator: Min. Cordeiro Guerra, julgamento em 05/09/1978, publicação: DJ de 06/10/1978.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADC 19*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/02/2012, publicação: DJe-080, de 29/04/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 1507 MC-AgR*, Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 03/02/1997, publicação: DJ de 06/06/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 2*, Relator: Min. Paulo Brassard, julgamento em 06/02/1992, publicação: DJ de 21/11/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 3510*, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, publicação: DJe-096, de 28/05/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 3682*, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/05/2007, publicação: DJe-096, de 06/09/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 4274*, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011, publicação: DJe-084, de 02/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 4277*, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-198, de 14/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 4424*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/02/2012, publicação: DJe-148, de 01-08-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 4912*, Relator: Min. Edson Fachin, julgamento em 11/05/2016, publicação: DJe-106, de 24/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI 5105*, Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 01/10/2015, publicação: DJe-049, de 16/03/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADO 25*, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30/11/2016, publicação: DJe-182, de 18/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADPF 132*, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-198, de 14/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADPF 153*, Relator: Min. Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, publicação: DJe-145, de 06/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADPF 186*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/04/2012, publicação: DJe-205, de 20/10/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADPF 187*, Relator: Min. Celso De Mello, julgado em 15/06/2011, publicação: DJe-102, de 29/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADPF 54*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 12/04/2012, publicação: DJe-080, de 30/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 106212*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 24/03/2011, publicação: DJe-112, de 13/06/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 126292*, Relator: Min. Teori Zavascki, julgamento em 17/02/2016, publicação: DJe-100, de 17/05/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 82424*, Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17/09/2003, publicação: DJ de 19/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 82859*, Relator: Min. Nelson Jobim, julgamento em 06/08/2003, publicação: DJ de 23/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 84078*, Relator: Min. Eros Grau, julgamento em 05/02/2009, publicação: DJe-035, de 26/02/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 91952*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 07/08/2008, publicação: DJe-241, de 19/12/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *HC 97256*, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 01/09/2010, publicação: DJe-247, de 16/12/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 107*, Relator: Min. Moreira Alves, julgamento em 21/11/1990, publicação: DJ de 02/08/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 283*, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/03/1991, publicação: DJ de 14/11/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 670*, Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 708*, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 712*, Relator: Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, publicação: DJe-206, de 31/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MI 721*, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/08/2007, publicação: DJe-152, de 30/11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *MS 26603*, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 04/10/2007, publicação: DJe-241, de 19/12/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Súmula Vinculante n. 11*, aprovada em 13/08/2008, publicação: DJe-157, de 22/08/2008.